
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 564 231

France

Oct. 18

51

Hommage de l'auteur

BIBLIOTHÈQUE

DE L'ÉCOLE

DES HAUTES ÉTUDES

SCIENCES RELIGIEUSES

DIX-HUITIÈME VOLUME

HISTOIRE

DE LA

LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS

EN DROIT CANONIQUE

IMP. R. MARCHESSOU. — PEYRILLER, ROUCHON ET GAMON, SUCCESSEURS.

HISTOIRE

DE

LA LÉGITIMATION

DES ENFANTS NATURELS

EN DROIT CANONIQUE

PAR

R. GÉNESTAL

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

PARIS

ERNEST LEROUX, ÉDITEUR

28, RUE BONAPARTE, VI[e]

1905

Ce travail a été entrepris et poursuivi sous la direction de Monsieur le Professeur Esmein; je prie mon excellent maître d'accepter l'expression de ma respectueuse reconnaissance.

Je remercie Messieurs A. Réville et Picavet, chargés de l'examen de mon manuscrit, de leur bienveillance et de leurs conseils.

R. GÉNESTAL.

Mouen, octobre 1905.

For Tx
G

INTRODUCTION

A deux reprises l'Église a eu à entreprendre la lutte contre l'union libre et les enfants naturels; la première fois sous les empereurs chrétiens, pour faire triompher contre les mœurs faciles de l'époque et l'habitude du concubinage la rigueur du mariage chrétien strictement monogame et indissoluble; la seconde fois au moyen âge dans la lutte pour la réforme de l'Église contre le mariage ou le concubinage des clercs.

Dans le droit romain classique la famille se fonde par le mariage; les enfants nés hors du mariage ne sont pas dans la famille, mais aucune disposition légale n'empêche de les y faire entrer (adrogation), ou de leur procurer au point de vue pécuniaire les avantages de la filiation (testament). Ils sont vis-à-vis de leur père de simples étrangers. Cette législation n'est ni hostile, ni favorable aux enfants naturels; elle leur est indifférente.

Le droit romain chrétien prend au contraire à leur égard une attitude nettement hostile. Il les rend totalement ou partiellement incapables de recevoir, il interdit de les faire entrer dans la famille par l'adrogation. C'est une réaction de l'esprit classique qui, sous Justinien, crée malgré de vives résistances une législation favorable

aux enfants naturels et leur ouvre assez largement l'entrée de la famille par la légitimation.

Mais cette législation justinienne, postérieure aux invasions et à la fondation des royaumes barbares, reste naturellement lettre morte au moyen âge. L'Église garde son attitude hostile vis-à-vis des enfants illégitimes par opposition à la conception large des Barbares, chez qui la situation de l'enfant dépendait de la condition de la mère et de la volonté du père plus que de la naissance en mariage ou hors mariage. Le besoin de défendre la notion chrétienne du mariage et de lutter contre les unions faciles des Barbares explique cette attitude. Et le droit séculier subit l'influence de ces conceptions religieuses : on sait la rigueur impitoyable de nos coutumes envers les bâtards réduits à une condition voisine de la servitude.

Au XIe siècle, l'Église est obligée de reprendre la lutte sur un terrain plus étroit. Il faut faire disparaître l'habitude du mariage des clercs — ou de leur concubinage puisque l'on considère que leur mariage est nul. Et ici encore pour avoir une action efficace sur la conduite des parents, l'Église cherche à frapper les enfants. Depuis longtemps une certaine partie de l'opinion demandait des mesures sévères contre les fils de prêtres. Au XIe siècle, les grands papes réformateurs Grégoire VII, Urbain II les prirent, étendant même la rigueur des lois ecclésiastiques à tous les enfants naturels. On leur interdit l'accès des ordres et des bénéfices. On interdit plus rigoureusement encore la succession du fils au bénéfice du père, car le concubinage des clercs menaçait de conduire à l'hérédité des bénéfices ecclésiastiques.

Telle fut à ces deux reprises et sur ce double terrain l'attitude logique de l'Église : le bâtard hors de la famille et hors du clergé, voilà la règle. Mais la règle n'est pas

impitoyable et l'on inventa des moyens de la faire fléchir, de faire entrer l'enfant naturel dans la famille, de lui ouvrir l'accès aux ordres et aux bénéfices.

Une partie importante de la législation justinienne, si favorable aux enfants naturels, était l'organisation des modes de légitimation. L'Église y avait résisté dans l'empire, elle ne fit rien, même quand l'abdication du pouvoir laïque lui mit entre les mains la législation et la juridiction sur le mariage, pour la ressusciter.

Mais au XII[e] siècle l'institution renaît d'elle-même avec toute la législation de Justinien sous l'effort des romanistes. Sur différents points la légitimation réapparaissait empruntant parfois les formes de l'adoption germanique. L'Église, devant cette renaissance, avait à prendre parti, puisque les questions de mariage et de légitimité étaient de sa compétence. Elle ne crut pas cette fois devoir résister au courant; son respect pour le droit romain l'emporta, peut-être aussi les mêmes raisons n'existaient-elles plus.

Les conceptions de l'Église avaient triomphé au moyen âge et le droit séculier avait fait aux enfants naturels la condition aussi dure qu'on pouvait le demander. On jugea sans doute qu'il n'y avait plus de danger à laisser ouvrir la porte de la légitimation; on laissa revivre les légitimations romaines, le droit canonique les adopta même avec une certaine faveur. Et sous l'influence de circonstances particulières le pape essaya de créer une légitimation par rescrit pontifical que les résistances du pouvoir civil empêchèrent de se développer.

On ne put non plus maintenir rigoureusement fermé aux bâtards et aux fils de prêtres l'accès aux ordres et aux bénéfices. Trop d'intérêts étaient en jeu, et d'ailleurs, une fois la réforme accomplie, le mariage des prêtres

définitivement condamné, leur concubinage réduit à des relations honteuses et cachées, la même rigueur n'était plus nécessaire. La dispense, cette création essentiellement canonique qui permet, pour un cas particulier, de faire fléchir la loi sans l'abroger, joua ici son rôle. Une dispense épiscopale ou papale (suivant les cas et suivant les époques) put permettre au bâtard et au fils de prêtre d'entrer dans les ordres, d'obtenir un bénéfice, même de succéder au bénéfice paternel et d'accéder aux plus hautes dignités de l'Église.

On voit maintenant quelle place tient dans l'histoire du droit canonique la légitimation et qu'il est nécessaire d'en distinguer deux espèces et de les traiter séparément; l'une est une légitimation partielle et essentiellement ecclésiastique, c'est la dispense pour obtenir les ordres et les bénéfices, l'autre est la légitimation romaine adoptée par les canonistes et qui produit ses effets même dans le domaine temporel.

Je traiterai successivement de l'une et de l'autre. A l'étude de la première, j'ai cru devoir ajouter l'histoire de l'*irregularitas ex defectu natalium* (c'est l'expression technique qui désigne l'incapacité spéciale des bâtards de recevoir les ordres); sans quoi l'on eût moins bien compris l'histoire de la dispense.

PREMIÈRE PARTIE

LA LÉGITIMATION AD SPIRITUALIA

Le nom de légitimation n'est généralement pas prononcé à propos de la dispense de l'*irregularitas ex defectu natalium* ou des avantages que procure à l'enfant naturel la profession religieuse. Ce sont bien cependant des légitimations partielles et les canonistes ne les oublient pas quand ils veulent faire un tableau d'ensemble de la légitimation, reproduisant le plus fidèlement possible le système du droit romain. Ils présentent alors la dispense et la profession religieuse comme des légitimations partielles dont les effets se limitent au domaine spirituel. La légitimation par la profession religieuse leur fournissait dans ce tableau une *legitimatio per dationem monasterio*, qui faisait un heureux pendant à la *legitimatio per dationem curiæ* du Bas Empire. Mais entre le système romain et le système canonique il n'y a, en ce qui concerne notre première partie : les légitimations partielles, d'autre analogie que ce jeu de mots. Il y en a une raison péremptoire, c'est que les Romains n'ont pas connu l'*irregularitas ex defectu natalium*.

Cette irrégularité est, en effet, de date relativement récente; et ce sera notre première tâche de dire quand et comment elle a pris naissance, d'en étudier le développement. On

verra qu'elle peut se décomposer en trois prohibitions, prohibition de recevoir les ordres sacrés, prohibition de posséder un bénéfice ecclésiastique, prohibition de succéder à son père dans un bénéfice ecclésiastique. Il conviendra ensuite d'aborder l'étude des deux modes de légitimation qui font disparaître cette irrégularité : la dispense épiscopale ou papale et la profession religieuse.

CHAPITRE PREMIER

L'IRREGULARITAS EX DEFECTU NATALIUM

I

LA PROHIBITION DES ORDRES

§ 1. — *Des origines au décret de Gratien.*

L'*irregularitas ex defectu natalium* était inconnue aux premiers siècles de l'Église. Les extraits des Pères de l'Église, de même que les passages des Saintes-Écritures, que Gratien a insérés dans son Décret [1] sous la rubrique *De filiis presbyterorum*, refusent unanimement de faire supporter aux enfants les conséquences des fautes paternelles ; ils sont tous en faveur de la libre admission de tous dans l'Église sans distinction de naissance.

Nous avons une preuve de cet état de droit pour le ve siècle : c'est un texte du pape Gélase I de l'année 494, qui forme le c. I de la Dist. 56 au Décret de Gratien ; mentionnant avec soin tous les points sur lesquels devra porter l'examen de l'évêque avant de conférer l'ordination, le pape, en ce qui concerne la naissance, se contente d'exiger que l'ordinand soit de naissance libre. Il n'eût pas manqué de parler aussi de naissance légitime, si tel eût été le droit à son époque [2].

1. Décret de Gratien. Ire partie. Dist. LVI.
2. On a quelquefois présenté comme très ancienne l'origine de notre irrégularité. Imbart de la Tour (*Élections épiscopales*, p. 40 et 373) cite des décré-

D'après les collections canoniques de Regino de Prüm et et de Burchard de Worms le c. 8 du concile d'Orléans de 538, qu'ils ont reproduit sous la rubrique *de filiis concubinarum*, aurait exclus des ordres les fils de prêtres [1]. Mais ce texte frappe les clercs concubinaires eux-mêmes et non leurs enfants. Cela est d'autant plus certain que dans ce même concile d'Orléans de 538 nous trouvons au c. 6 une liste des irrégularités et que l'*irregularitas ex defectu natalium* n'y est pas mentionnée.

Une autre preuve négative est encore fournie un peu plus tard par le concile anglais de Calcuth de 787 [2], qui

tales de Léon I et d'Innocent I et plus tard un passage d'Hincmar de Reims. Je n'ai pu découvrir les décrétales en question. Léon I exige seulement que les clercs soient de condition libre et qu'on n'ordonne pas l'esclave sans le consentement de son maître (Jaffé. 402). Innocent I parle bien d'exclure du clergé ceux qui ont des enfants, mais non point les enfants eux-mêmes (Jaffé 293. Mansi III, 1038. Jaffé 315. Mansi III 1047). Quand Hincmar de Reims parmi les qualités requises du candidat à l'épiscopat parle de *natalium dignitas*, il songe non pas à la légitimité, mais à la pleine liberté. L'ensemble du texte le prouve : « Non eum cui nulla natalium, nulla morum dignitas suffragetur; vel qui originali aut alicui conditioni obligatus detineatur..... Neque enim clerici nasci et non fieri possunt : sed designata sunt genera de quibus ad clericatum pervenire non possunt : id est si quis fidelis militaverit, si quis fidelis causas egerit..... si quis vir ante servivit » (Hincmar, Ep. XXXIX. Migne CXXVI. c. 259. Imbart de la Tour, *Élections*, p. 40).

Le concile d'Orléans de 511 parle de l'admission aux ordres des fils des clercs : « De ordinationibus clericorum id observandum esse decrevimus, ut nullus sæcularium ad clericatus officium præsumatur, nisi aut cum regis jussione aut cum judicis voluntate : ita ut filii clericorum... in episcoporum potestate ac districtione consistant ». Clovis avait sans doute prescrit que nul n'entrerait dans le clergé sans l'autorisation du roi ou du comte. Le concile reproduit et reconnaît cette réglementation, en essayant d'en atténuer la rigueur par une exception en faveur des fils de clercs. Il ne semble pas d'ailleurs que le concile ait réussi a faire admettre ses prétentions. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, 109. Mansi, VIII, 353. *Concilia Merov. Mon. Germ.*, p. 11. — Hefele, *Conciliengeschichte*, II, 644. — Mais nous n'avons rien à retirer de ce texte qui vise sans aucun doute les enfants légitimes des clercs; le c. 13 qui interdit le mariage aux veuves des prêtres et des diacres, prouve clairement que la règle du célibat ecclésiastique n'était pas alors observée.

1. Regino de Prüm. *De synodalibus causis libri duo*. Ed. Wasserschleben, I, n° 427, Migne, *Patrol.*, CXXXII, n° 414. — Burchard de Worms, *Decretum*, II, 19. Migne, CXL. — Mansi, IX, 14, — Hefele, *Conciliengesch.*, II, 751.

2. Mansi, XII, 937.

fut présidé par deux légats du pape Adrien Ier. On y exclut les bâtards de toute succession, mais on ne fait aucune allusion à une exclusion des ordres ecclésiastiques.

La première mesure qui prépare de loin l'irrégularité que nous étudions est une disposition du neuvième concile de Tolède de 655 contre une certaine catégorie de bâtards, les fils de prêtres. Le c. 10 les déclare esclaves de l'église à laquelle était attaché leur père. Cette peine infligée aux enfants est pour le concile un moyen d'atteindre les parents, les clercs concubinaires qui ne veulent point se corriger. Ce n'est pas encore une irrégularité ; car on n'exclut pas ces enfants directement et rigoureusement des ordres ecclésiastiques ; ils sont déclarés seulement esclaves de l'église, un affranchissement sera nécessaire, le c. 11 le rappelle, mais sera aussi suffisant, pour faire oublier la déchéance qui les frappe [1].

Il est remarquable que le premier pas fait par l'Église vers l'*irregularitas ex defectu natalium* soit une mesure exclusivement dirigée contre les fils de prêtres. Ce que l'on veut atteindre, ce n'est pas d'une façon générale l'union libre, comme le font nos lois modernes en frappant de certaines déchéances tous les enfants nés hors mariage, c'est l'incontinence des prêtres. Le concile tenu à Tolède [2] en 653, deux ans avant le nôtre, sur l'ordre du roi Receswint s'en est d'ailleurs particulièrement occupé. Il était présidé par Isidore de Séville, et l'on sait quel mouvement de réforme ce prélat a tenté à l'époque dans l'église d'Espagne.

Les fils de prêtres sont donc frappés d'une grave déchéance en Espagne au VIIe siècle, mais gardons-nous de généraliser. De même qu'aux dates, il faut faire attention aux lieux, car aucune loi n'est générale à cette époque, même dans la législation ecclésiastique et d'ailleurs le concile de Tolède n'est pas un concile œcuménique. Rien ne prouve même

1. Mansi, XI, 29.
2. Mansi, X, 1206.

que dans ce domaine restreint la règle fut appliquée. Le relâchement général des mœurs dans l'église jusqu'au XIIe siècle tendrait à faire croire que non. En tous cas, une mesure isolée dans le temps et dans l'espace, restreinte aux enfants illégitimes des clercs, voilà ce que nous avons jusqu'au IXe siècle.

Mais à partir de ce moment il est facile de suivre un mouvement d'opinion qui tend à exclure du clergé certaines personnes à raison de leur naissance.

En 845, le concile de Meaux refusait l'accès des ordres aux enfants nés du rapt. C'est là une disposition qui se rattache à l'ensemble de la législation carolingienne contre ce crime [1], mais qui marque une tendance notable à l'exclusion des enfants nés d'une union considérée comme condamnable; même si le ravisseur épouse celle qu'il a enlevée, les enfants nés de cette union sont exclus du clergé. Les enfants nés avant le mariage sont, il est vrai, plus sévèrement écartés, mais leurs frères légitimes eux-mêmes ne peuvent être admis qu'exceptionnellement *si utilitas vel necessitas exposcat* ou encore *ob prærogativam meritorum* [2]. Le concile condamne donc à la fois des enfants légitimes et des illégitimes [3], mais il faut retenir néanmoins ce canon dans l'histoire de l'*irregularitas*, parce qu'il marque une tendance à exclure cer-

1. Le rapt était au début de l'époque franque puni peu sévèrement, on ne pouvait oublier qu'il avait été un moyen légal de contracter mariage. Mais, sous les Mérovingiens et surtout sous les Carolingiens, le rapt fut puni d'une façon beaucoup plus rigoureuse. C'est un des huit cas de ban royal. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, p. 334.

2. Mansi, XIV, 834, c. 64.

3. Les enfants nés après le mariage comme avant doivent, il est vrai, être considérés comme des enfants illégitimes si le rapt constitue un empêchement dirimant de mariage. Mais le texte du concile de Meaux semble bien considérer que malgré le rapt il y a eu mariage et il est certain, comme nous le disons, que les enfants nés après le mariage, bien qu'exclus également en principe, sont traités avec plus de faveur que ceux nés auparavant, ce qui n'aurait pas de raison d'être si le mariage était considéré comme radicalement nul. Sur le rapt considéré comme empêchement de mariage, cf. Esmein, *Mariage*, I, 391.

tains enfants à cause du caractère de l'union dont ils sont nés.

C'est surtout depuis le x[e] siècle que se manifeste sinon dans la législation canonique, du moins dans l'opinion d'une partie des membres de l'Église, une répugnance plus visible à admettre dans les rangs du clergé les enfants illégitimes.

Regino de Prüm, dans son *De synodalibus causis*, veut exclure des ordres sacrés les enfants du ravisseur, les enfants incestueux et adultérins et peut-être même les enfants naturels simples. On remarquera qu'il ne mentionne pas la disposition du neuvième concile de Tolède, qui rend esclaves de l'église les fils de prêtres. Et son silence autorise à affirmer, qu'en Allemagne, au x[e] siècle, cette disposition n'était pas en vigueur.

L'auteur se base sur un texte de Gaius posant le principe que les enfants incestueux comme les enfants adultérins n'ont point de filiation reconnue vis-à-vis de leur père [1]. Et il ajoute que ces enfants que flétrit la loi civile, l'Église ne doit point les admettre dans sa hiérarchie. Ce principe conduit naturellement à exclure même les enfants naturels simples, qu'aucun lien légal non plus ne rattache à leur père d'après le droit romain. Regino va en effet jusque là, non point par interprétation du texte de Gaius, mais en faussant le sens du canon du concile d'Orléans de 538 cité plus haut. Le concile défend d'admettre dans les ordres ceux qui ont eu des enfants d'une concubine, même si, leur femme légitime étant morte, ils ont épousé cette concubine; il ne visait donc, on le voit, en aucune façon les enfants naturels, et cependant Regino l'intitule *De filiis concubinarum ne ad clerum admittantur*. Le texte est mal compris certainement et certainement aussi c'est avec intention, car il ne prête guère à ce contre-sens. Regino voulant frapper d'une incapacité les enfants naturels et ne connaissant aucun texte cano-

1. Regino, éd. Wasserschleben, I, n° 429. — Gaius, I, 64 (*Lex romana Wisig. Gaii Inst.*, I, IV, 8, éd. Hœnel, 318).

nique qui l'y autorisât, s'est contenté de mal interpréter un texte existant.

Il nous faut donc croire qu'au xe siècle les enfants naturels étaient considérés comme devant être écartés des ordres. Nous évitons de dire qu'ils en étaient écartés, car ce que nous savons de la pratique de cette époque est contraire au texte de Regino. De ce fait qu'Arnulf, enfant naturel de l'avant-dernier roi carolingien Lothaire, fut élu archevêque de Reims en 988, Hinschius conclut même qu'avant le xie siècle aucune prohibition n'existait[1]. Ce que nous croyons c'est que quelques esprits avancés avaient déjà alors conçu une législation répressive de ce genre et auraient voulu la voir appliquée ; mais la pratique était en désaccord avec ces idées de réforme. Nous verrons qu'à une époque où la réforme des mœurs du clergé était poussée avec une grande vigueur, au xiie siècle, les prescriptions du concile de Clermont furent mal observées. Nous savons qu'avant Regino, aucun pape, aucun concile n'avait parlé de notre prohibition ; il y a donc bien des raisons de croire que ce fut alors la pensée d'une élite déjà éprise de réformes et non la règle commune.

En ce qui concerne les enfants du ravisseur, Regino ne nous apprend rien de nouveau. Il ne fait que rapporter le canon du concile de Meaux.

On peut suivre cette nouvelle idée, apparue dans le *De synodalibus causis*, jusqu'à l'apparition de la prohibition législative à travers les différents auteurs de collections canoniques.

A la différence de Regino, saint Abbon, abbé de Fleury-sur-Loire[2], a inséré dans son ouvrage (les *Capitula Abbonis*) le c. 10 du neuvième concile de Tolède. Les règles qui y sont édictées étaient-elles donc alors en vigueur ? Il n'y en a aucune trace, et l'insertion du texte dans ce recueil prouve

1. Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, t. I, p. 11, n. 3.
2. Mort en 1004.

plus l'érudition de l'auteur que l'état du droit à son époque. Rien en effet ne nous autorise, en dehors de ce texte même, qui sera cité encore par Ives de Chartres et par Gratien, à penser que les fils de prêtres étaient esclaves. Tout ce que nous pouvons conclure de ce passage d'Abbon, c'est qu'il était partisan de l'exclusion des bâtards comme Regino, comme Burchard de Worms.

Un seul texte, il est vrai, du Décret de Burchard nous renseigne sur notre sujet. C'est le ch. xix, livre II. Burchard reproduit ici le fameux c. du concile d'Orléans de 538 qui vise, nous l'avons dit, les concubins et non leurs fils, mais que Regino interprète en sens contraire. Burchard a copié Regino, car ce chapitre porte à peu près la même rubrique : *De filiis concubinarum*. Il conclut donc comme l'auteur précédent à l'exclusion des enfants illégitimes d'une façon générale. Remarquons qu'il n'a pas reproduit les autres textes donnés dans le *De synodalibus causis :* pour le chapitre visant les enfants du ravisseur, cela n'a rien d'étonnant ; à cette époque (1012-1022) le rapt a cessé d'être l'objet d'une législation répressive sévère et abondante comme aux siècles précédents. Quant aux deux autres textes sur les enfants incestueux ou adultérins, on ne peut voir à Burchard d'autres raisons de les omettre que celle-ci : le ch. *De filiis concubinarum* suffit à résumer ses idées sur ce point.

Mais les idées réformatrices gagnaient du terrain. Deux exemples le montreront dans les dernières années du x[e] et les premières du xi[e] siècle [1].

1. On pourrait peut-être alléguer dans le même sens l'histoire de Pudicus, évêque de Nantes : « Accedens denique Namnetensis (Pudicus, évêque de Nantes), confessus est genitorem suum episcopum fuisse suae civitatis et in ejus vita donum episcopii se percepisse mortuoque illi subrogatum per largitionem pecuniae. Quapropter judicio synodi sublato annulo et pastorali pedo privatus est pontificali ministerio, condonato ei, intervenientibus episcopis, tantummodo presbyteratus officio. « Mais le motif de la déposition semble être, plutôt que la qualité de fils d'évêque, que Pudicus s'était fait directement transmettre l'évêché par son père contrairement à toutes les règles et avait encore aggravé son cas de simonie. Je ne vois pas ce qui permet à M. Bröcking d'affirmer que le véritable motif est l'aversion du pape Léon

La vie d'Adalbéron de Metz nous montre, au plus tard dès le début du XI[e] siècle, les deux conceptions en présence, Adalbéron et son biographe semblent favorables aux enfants naturels des prêtres; mais déjà cette opinion était combattue par un grand nombre d'évêques, qui refusaient à ces bâtards même l'accès aux ordres mineurs. D'après ce texte l'*irregularitas ex defectu natalium* serait déjà connue et mise en pratique dans un grand nombre de diocèses dès le début du XI[e] siècle au plus tard [1]. L'histoire de Gauzlin, fils naturel de Hugues Capet, le montre encore pour la même époque et prouve en même temps que l'opinion publique était favorable à la réforme. Nommé par le roi abbé de Fleury, Gauzlin ne fut accepté par les moines qu'avec difficulté, dit Ademar, à cause de sa naissance [2].

Quelques années plus tard, en 1013, le siège de Bourges étant devenu vacant, le roi voulut y faire monter son frère. Cette fois la résistance fut plus sérieuse : le peuple de Bourges refusa pendant cinq ans de le recevoir comme évêque. Enfin la puissance royale l'emporta, Gauzlin prit possession de son siège et l'occupa jusqu'à sa mort en 1030 [3]. L'année suivante, en 1031, se tenait dans cette même ville un synode qui contient la première mention dans un acte

contre un fils d'évêque (so muss man den Grund hierfür schon in der persönlichen Abneigung Leos gegen Sohn den eines Bischofs ...suchen). Bröcking. *Die französische Politik Papst's Leo's IX*, 1890. Le texte cité est tiré de l'*Historia dedicationis ecclesiæ sancti Remigii* d'Anselme, témoin oculaire des faits qu'il rapporte (Migne, *Patrol.*, CXLII, 1436).

1. « Episcopi sui temporis, aliqui fastu superbiae, aliqui simplicitate cordis filios secularium sacerdotum ad sacros ordines admittere dedignabantur, nec ad clericatum eos recipere volentes; hic vero beatus neminem despiciens passim cunctos recipiebat, neque personam, neque genus eligens aut praejudicans sed id mente fixa retinens : *quia non est personarum acceptor Deus, sed in omni gente qui timet Deum et operatur justiciam, acceptus est illi.* » *Constantini vita Adalberonis II mettensis episcopi*, ch. 24. Adalberon vécut de 984 à 1005 et Constantin, abbé de Saint-Symphorien hors les murs de Metz, écrit sa vie en 1012 (*Mon. Germ.*, SS. IV, 667).

2. *Hist. Franc.*, X, 149.

3. Il est intéressant de remarquer que dans cette affaire Gauzlin eut l'appui du Saint-Siège. *Vita Gauzlini. Neues Archiv.*, III, 359.

officiel de l'*irregularitas ex defectu natalium*. Peut-être y a-t-il là plus qu'une simple coïncidence. En tous cas, l'esprit du peuple de Bourges est significatif ; la réforme des mœurs, l'épuration du clergé devient une revendication populaire ; le peuple s'insurge contre un évêque indigne comme plus tard les Patarins de Milan s'insurgeront sous la conduite d'Anselme de Baggio contre les clercs concubinaires et leur évêque Guido. Nous sommes en présence d'autre chose que du sentiment isolé d'un docteur comme au temps de Regino.

L'exclusion des enfants illégitimes va être prononcée par la législation canonique au moment où commence le grand mouvement de réforme disciplinaire du XIe siècle. L'*irregularitas ex defectu natalium* apparaît dans le concile de Bourges de 1031 [1].

1. Le synode de Pavie de 1018 (Hefele, *op. cit.*, IV, p. 670. Mansi, XIX, 353 *Concilium Ticinense*) semble à première vue contenir déjà une condamnation des fils de prêtres et renouveler les dispositions du neuvième concile de Tolède, qui en faisait des esclaves de l'église. Mais il ne fait aucune allusion au concile de Tolède et les dispositions qu'il contient partent d'un tout autre esprit, que révèlent les explications données dans le préambule par le pape Benoît VIII.-Il ne s'agit point ici de réprimer l'incontinence des clercs, mais de protéger les biens de l'Église : les clercs serfs de l'église prenaient comme concubines des femmes libres et en avaient des enfants qui, suivant la condition de la mère, étaient libres, ce qui était une première perte pour l'Église ; de plus ils faisaient à ces enfants des libéralités aux dépens du patrimoine ecclésiastique en les faisant eux-mêmes entrer dans les ordres. L'église y perd à la fois ses serfs et ses biens (sic filiis servorum in libertatem.... remanentibus, ecclesia utrumque et servos perdit et conquisita). Benoît VIII s'efforce par suite de démontrer que la règle qui donne aux enfants naturels la condition de la mère, ne doit pas s'appliquer dans ce cas et fait décider par suite en concile que les enfants nés de clercs serfs de l'église et de femmes libres suivent la condition du père et sont serfs de l'église eux-mêmes, c. 3 et 4. — Il ne s'agit donc pas ici de dispositions contre les fils de prêtres en général. Benoît VIII les annonce cependant comme devant être prises dans un prochain synode (taceo nunc de filiis qui ingenuo clerico et libera matre, licet contra leges, nascantur ; contra quos alia manu erit agendum, et in proxima synodo consilio altiore tractandum). On peut se demander seulement comment il peut être question de clercs serfs de l'église alors que nul serf ne pouvait être ordonné sans un affranchissement préalable (Concile de Tolède de 655. Mansi, XI, 28). Mais même affranchi pour être ordonné le serf d'église restait dans une dépendance étroite de l'église patron à qui revenaient tous ses biens (c. 3, X, I, XVIII). On comprend qu'en pré-

Le c. 8 de ce concile est ainsi conçu :

Ut filii presbyterorum sive diaconorum vel subdiaconorum in sacerdotio vel diaconatu vel subdiaconatu nati nullo modo ulterius ad clericatum suscipiantur, quia tales et omnes alii qui de non legitimo conjugio sunt nati semen maledictum in scripturis divinis appellantur nec apud sæculares leges hereditare possunt nec in testimonium suscipi. Et qui de talibus clerici nunc sunt, sacros ordines non accipiant, sed in quocumque gradu nunc sunt, in eo tantum permaneant et ultra non promoveantur [1].

Ce premier texte officiel semble ne donner à l'*irregularitas* qu'une portée restreinte. Seuls sont visés les fils de clercs [2], les enfants naturels des laïques ne sont pas nettement déclarés exclus du clergé. Voici en effet ce que dit le texte : les enfants des clercs ne peuvent être clercs, car *de même d'ailleurs que les autres enfants illégitimes*, ils sont déclarés infâmes. Le sens exact reste donc un peu douteux. Il est d'ailleurs certain que les enfants des laïques ne sont visés, s'ils le sont, qu'en seconde ligne et que l'on attache beaucoup moins d'importance à la seconde partie de la prohibition, si elle existe, qu'à la première [3]. Mais dans ce domaine peut être restreint, le concile de Bourges se montre particulière-

sence d'une situation semblable on ait encore pu appeler *servi* des clercs ainsi affranchis. Il se peut aussi que la règle exigeant l'affranchissement préalable à l'ordination ait été purement et simplement violée. Les antiques prescriptions du concile de Tolède n'étaient pas cependant complètement oubliées. Manegold de Lautenbach demande encore leur application (Mirbt, *Die Publizistik zur Zeit Gregors VII*, p. 300) et par une disposition qui procède du même esprit, le concile de Rome de 1049, « décida que toutes les femmes qui seraient dorénavant trouvées dans Rome vivant avec des prêtres seraient adjugées comme *ancillae* au palais de Latran et Damiani demandait que cette mesure fût étendue à tous les diocèses ». Esmein, *Mariage en droit canonique*, I, 292.

1. Mansi, XIX, 504.

2. Remarquons une fois pour toutes que par les fils de clercs les textes édictant notre prohibition entendent les enfants d'un prêtre, diacre ou sous-diacre, c'est-à-dire des clercs obligés au célibat.

3. Le concile frappe encore d'une autre manière les fils et filles de clercs en leur interdisant le mariage, c. 19 et 20.

ment sévère, car il écarte les fils de clercs de tout grade ecclésiastique : qu'aucun ne soit clerc, dit-il ; s'il l'est déjà, qu'au moins il ne reçoive pas l'ordre supérieur à celui qu'il possède, et surtout pas les ordres sacrés, les ordres majeurs.

Il existe donc dès 1031 un texte officiel ; mais ce n'est pas à dire que l'*irregularitas* soit par cela même reconnue et observée dans toute l'Église. Le concile de Bourges n'est qu'un concile provincial ; les évêques de l'Aquitaine n'ont pu faire une loi obligeant l'ensemble de la chrétienté. On verra de plus, quel mal on eut à faire observer la prohibition, même quand elle fut fortifiée par l'autorité pontificale, après les conciles de Poitiers et de Clermont : aussi n'oserait-on affirmer que, même dans la province de Bourges, le nouveau droit fût appliqué. Le concile de Bourges n'en marque pas moins, par le caractère officiel qu'il lui donne, une étape importante dans l'histoire de notre irrégularité.

En 1065, une décrétale du pape la consacrait à nouveau, pour certains enfants illégitimes tout au moins. Alexandre II, condamnant une union entre parents au troisième degré, rappelle que les enfants qui en pourraient naître, enfants incestueux, ne sauraient hériter de leurs parents, ni obtenir les honneurs civils ou ecclésiastiques. Mais beaucoup moins sévère que le concile de Bourges, le pape semble n'interdire à ces enfants que les hautes dignités de l'église ; il est parlé non point des ordres, mais seulement de l'*episcopalis cathedra*.

L'année suivante la question se pose encore au même pape à propos de l'élection au siège épiscopal du Mans d'un fils de prêtre, Arnaldus. La valeur personnelle du candidat décida le pape à l'admettre en dépit des réclamations de la minorité du chapitre ; mais le principe reste posé, que l'admission des fils de prêtres ne saurait être qu'une exception, justifiée par les mérites de l'élu ou l'utilité de l'église [1].

1. A n'examiner que le texte du c. 12, D. 56, Alexandre II déciderait que les mérites personnels de l'élu sont seuls à considérer et qu'on ne doit exclure personne parce que fils de prêtre. Mais Anselme de Lucques, rapportant le

De Grégoire VII, le grand pape réformateur, nous possédons plusieurs textes importants, qui ne laissent aucun doute, sinon sur la situation faite réellement aux enfants naturels dans l'Église, du moins sur les intentions du Saint-Siège à leur égard.

Deux conciles ont été tenus sous ce pontificat, dans lesquels on peut relever des mesures prises contre les fils illégitimes. Le premier est un concile de Latran peu connu, dont nous avons seulement un résumé dans une lettre circulaire adressée par le pape aux fidèles. Le c. 19 de ce concile porte : « *Filius presbyteri et adulter et quicumque bastardus non ordinetur* » [1].

Le deuxième est beaucoup plus célèbre, c'est le concile de Poitiers de 1078, dont nous avons le texte dans le c. I X. *De filiis presbyterorum* : *ut filii presbyterorum et ceteri ex fornicatione nati ad sacros gradus non promoveantur* (c. 8). Ces textes généraux ne laissent aucun doute sur l'état de la question, mais de plus une lettre du pape au roi d'Aragon nous montre, ce qui a son intérêt, sur quelle base il appuie ses règlements. L'évêque d'Aragon, étant vieux et malade, voulait renoncer à ses fonctions et proposait au pape deux candidats à choisir pour le remplacer. Tous deux étaient fort recommandables par leurs mérites personnels, mais tous deux étaient fils naturels. Le pape les écarte par les considérations suivantes : *Et quia venerandi canones ad sacerdotii*

même texte, le termine par une déclaration de principe, affirmant qu'il est fait en l'espèce une exception à une règle d'ailleurs formelle. Cette même phrase est celle qui dans le décret termine le c. suivant. Or ce c. 13 est donné comme une décrétale d'Urbain II adressée à *Bartolomæus*, archevêque de Tours. Il y a certainement erreur dans cette adresse, car, Bartolomæus ayant été archevêque de Tours de 1052 à 1068, la décrétale ne peut lui avoir été adressée par Urbain II. Il y a donc toutes raisons de croire que la c. 13 est d'Alexandre II comme le c. 12 et n'est qu'un autre extrait de la même décrétale. C'est ce qui autorise l'interprétation qui en a été donnée ci-dessus. Il existe encore un autre texte d'Alexandre II relatif à la même question et adressé à l'archevêque de Tours, à ses suffragants et au comte d'Anjou, ordonnant de consacrer Arnaldus sans s'arrêter à aucune opposition (Jaffé, I, 582, n° 4642).

1. Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum inedita*, n° 161, II, 125.

gradus tales provehi contradicunt, probare eos non satis cautum fore putavimus, ne quicquam a nobis contrarium sanctis patribus in exemplum et auctoritatem posteris relinquatur. Solet enim sancta et apostolica sedes pleraque considerata ratione tolerare, sed nunquam in suis decretis et constitutionibus a concordia canonicæ traditionis discedere [1].

Ainsi, conformément à la tendance générale des esprits du moyen âge, le pape répugne à présenter l'*irregularitas ex defectu natalium* comme une nouveauté législative. Il ne veut voir dans les canons des récents conciles que la reproduction de règles édictées par les Pères de l'Église. Nous savons bien que l'irrégularité ne remonte point jusqu'aux Pères de l'Église, mais on y trouvait fréquemment exprimé le sentiment qui a amené à la créer, l'horreur des relations hors mariage et surtout de l'incontinence des clercs. C'est ainsi que les autorités ecclésiastiques du XI[e] siècle pouvaient, comme déjà l'avait fait le concile de Tolède [2], mettre sous le patronage des Pères les mesures prises contre les enfants illégitimes.

Le dernier texte de Grégoire VII, relatif à la matière, est de la fin de son pontificat, de 1079. Nous sommes à une époque, où les efforts du pape pour supprimer le concubinat des clercs et écarter les enfants naturels ont pu avoir leur effet. A ce moment, le pape apprend que l'archevêque de

1. Jaffé, *Reg. Pont.* 4927, 24 janv. 1075. Jaffé, *Bibliotheca rerum germanicarum.* Berolini, 1864, II, 165.

2. Mansi, XI, 29 « Cum multæ super incontinentiam ordinis clericorum usque hactenus emanaverint sententiæ patrum et nullatenus ipsorum reformari queverit correctio morum, usque adeo sententiam judicantium protraxere commissa culparum, ut non tantum ferretur ultio in auctoribus scelerum, verum et in progenie damnatorum. ». On trouve dans le concile de Bourges de 1031 le même renvoi aux Pères de l'Église : c. 11, si le fils d'un clerc ou un serf ou un collibert a été ordonné par erreur, il doit être déposé *sicut sancti Patres dixerunt.* D'ailleurs l'expression peut désigner aussi, non point précisément ceux que nous appelons Pères de l'Église, mais simplement les papes antérieurs. Ce sens est fréquent dans la langue de Grégoire VII et la Collection en 74 titres, qui est un recueil de décisions des papes, porte le titre général de *Sententiæ patrum.* Cf. Fournier. *Le premier manuel canonique de la réforme du XI[e] siècle. Mélanges de l'Ecole de Rome*, XIV, 1894, p. 197.

Rouen, un important prélat, sujet d'un roi que Grégoire VII considère comme son obligé et son vassal, est un enfant naturel, un fils de prêtre. Et il écrit à ce sujet à Hubert sous-diacre de l'Église romaine : *Audivimus etiam Rotomagensem archiepiscopum sacerdotis filium esse, quod si verum deprehenditur, noveris promotioni illius nos assensum nequaquam tribuere* [1].

Ceci suit une série de réclamations contre les mesures que venait de prendre le roi d'Angleterre, afin d'empêcher les évêques de sortir de son royaume pour se rendre à Rome. Malgré tout, le pape fut obligé d'accepter une situation, contre laquelle il était impuissant à réagir, et en 1081, deux ans après, il rappelle à ce même Guillaume, archevêque de Rouen, qu'il n'est pas encore venu chercher le *pallium*; il est par conséquent prêt à le lui accorder en dépit de sa qualité [2].

Donc, sous le pontificat de Grégoire VII nous trouvons la règle déjà établie avec une grande netteté et cependant il y a dans la pratique une efficace résistance. C'est cette situation que nous allons voir se prolonger sous les papes suivants. Urbain II continue les traditions [3]. La prohibition est établie en droit d'une manière incontestable; le concile de Poitiers est le texte sur lequel on la base, texte que répèteront les conciles de Clermont et de Melfi avec d'insignifiantes variantes. Nous avons vu le concile de Poitiers; le concile de Melfi contient un c. 14, ainsi conçu :

Presbyterorum filios a sacris altaris ministeriis removendos decernimus, nisi aut in cœnobiis aut in canonicis religiose probatis fuerint conversati [4].

Ce texte forme le c. I de la dist. 56 au décret de Gratien.

Le concile de Clermont enfin, présidé en 1095 par le pape

1. Jaffé, *Bibl.*, II, 379, 23 sept. 1079.
2. Jaffé, *Reg.* 5203.
3. Cf. Décret de Gratien, Dist. 56, c. 14. — Cf. aussi Jaffé 5385. *Coll. Britannica* (*Neues Archiv*, V, 361).
4. Mansi, XX, 724.

lui-même, renferme en deux canons distincts la condamnation nette et définitive des enfants illégitimes, le c. 11 visant d'une façon générale les enfants illégitimes, et le c. 25 écartant spécialement des ordres les fils des clercs engagés dans les ordres majeurs [1].

Le mouvement a donc abouti; l'idée qui se fait jour dès le VIIe siècle au concile de Tolède, qui inspire Regino, Burchard et beaucoup de leurs contemporains, a triomphé dans la législation ecclésiastique. Les enfants illégitimes sont exclus du clergé. Est-il possible de retrouver la raison de ces idées et la cause de leur triomphe?

Le mouvement qui fit triompher notre irrégularité est lié au mouvement de réforme disciplinaire du XIe siècle et l'idée qui vient d'abord tout naturellement à l'esprit, c'est que l'on a visé surtout les fils de prêtres et qu'en ce faisant, on a voulu atteindre leurs parents, les clercs concubinaires; c'est ainsi que Constantin, voulant détruire le concubinat, frappa les enfants naturels.

Tous les enfants naturels — et non pas seulement les fils de prêtres — sont, il est vrai, visés par les canons; mais il n'est pas difficile de démontrer que ce sont les fils de prêtres surtout qui sont poursuivis; sans le mouvement dirigé contre les clercs concubinaires et leurs enfants, l'*irregularitas* ne serait sans doute jamais devenue loi de l'Église. Néanmoins les enfants naturels sont compris dans la prohibition et dès une époque reculée, on demande leur exclusion générale. Pour eux aussi il doit y avoir une raison de les écarter. Essayons donc de montrer d'abord que la partie principale, essentielle de notre législation est celle qui vise les fils de prêtres, nous chercherons ensuite les raisons générales que l'on pouvait avoir, d'englober dans la même condamnation tous les enfants illégitimes.

1. « Ut nulli filii concubinarum ad ordines vel aliquos honores ecclesiasticos promoveantur nisi monachaliter vel canonice vixerint in ecclesia.

Ne filii presbyterorum, diaconorum vel subdiaconorum canonicorum ad ordines vel alios honores ecclesiasticos promoveantur, nisi monachi vel canonici fuerint. » Mansi, XX, 817.

Un simple et rapide examen des textes suffit à démontrer que les fils de prêtres étaient particulièrement visés et que c'est le désir de les écarter, qui a amené la création de l'*irregularitas ex defectu natalium*.

Le canon 10 du concile de Tolède, qui peut être considéré comme le premier pas fait vers notre irrégularité, vise exclusivement les fils des clercs et déclare vouloir ainsi atteindre plus efficacement leurs parents. Sans doute nous trouvons au concile de Meaux, dans Regino de Prüm et dans Burchard de Worms la condamnation générale des enfants naturels et spécialement des adultérins et incestueux, sans aucune mention des fils de prêtres; mais les premiers textes qui nous mettent en présence, non plus d'une opinion, mais d'une pratique, comme la vie d'Adalberon, les textes législatifs surtout depuis le concile de Bourges visent en première ligne les fils de prêtres. Il est impossible enfin de ne pas remarquer que c'est au moment où l'on veut réformer la discipline de l'église et faire disparaître le mariage des prêtres, que l'*irregularitas* apparaît. L'*irregularitas ex defectu natalium* est le résultat du mouvement réformateur du XIe siècle [1].

Il n'en est pas moins certain que les conciles ont frappé les enfants naturels en même temps que les fils de prêtres et que les enfants naturels et surtout les adultérins et les incestueux avaient été par plusieurs auteurs antérieurs au XIe siècle considérés comme indignes d'entrer dans les ordres. Quelle raison peut expliquer ce sentiment et cette législation?

La raison profonde s'en trouve évidemment dans l'horreur qu'inspire aux chrétiens toute relation charnelle hors mariage. C'est ce sentiment qui se traduira dans la législation

1. Il est en tout cas évident, que la condamnation des fils de prêtres ne saurait être considérée comme une application de la règle générale qui frappe les illégitimes. Les fils de prêtres sont en effet exclus des ordres à une époque où le mariage des prêtres, bien que condamné, était encore considéré comme valable, et où par suite les enfants nés de ces unions étaient des enfants légitimes. Voir Esmein, *Mariage*, I, 291 sqq.

civile, d'abord sous les empereurs chrétiens par les dispositions prises dès Constantin contre le concubinat et les enfants naturels, puis dans le droit du moyen âge par la situation exceptionnellement dure faite aux bâtards par les coutumes. Traduction brutale des conceptions religieuses dans la vie séculière, la rigueur des coutumes réagit sans doute à son tour sur les conceptions de l'église. Il n'est pas bien étonnant que la haine du concubinage faisant considérer comme une infamie la naissance illégitime, en arrive à mettre les bâtards hors du clergé, comme hors de la société laïque [1].

Seulement ce sentiment, si profond fût-il, n'eût peut-être pas déterminé un mouvement d'opinion assez fort pour aboutir à l'*irregularitas*, si la réforme du clergé n'avait amené la condamnation des fils de prêtres, qui entraînèrent avec eux tous ceux dont la naissance était considérée comme honteuse [2].

1. Regino de Prüm exprime bien cette idée, que ceux que le droit séculier considère comme infâmes, ne doivent pas être admis dans le clergé. *De synod. caus.*, I, 418. Le concile de Bourges de 1031 fait remarquer aussi que les enfants illégitimes sont frappés par la loi civile d'incapacité de succéder à leurs parents et de témoigner en justice.

2. On pourrait songer que l'idée, dont on retrouve à cette époque des traces, que les sacrements délivrés par un indigne n'ont pas de valeur, a amené logiquement à se montrer plus sévère dans le recrutement du clergé et à exclure certains indignes tout au moins. Cette idée, en effet, se fait jour dans le sentiment populaire : le prêtre Arialdus, l'un des promoteurs du mouvement patarin, dit au peuple de Milan que les sacrements administrés par les clercs concubinaires sont *canina stercora* (*Arnulfi Gesta*, III, 11. M. G. SS. VIII, 19. Cf. Mirbt, *Publizistik*, p. 265). Mais ce n'est point la doctrine officielle ; les papes et les conciles ont, il est vrai, interdit de suivre les offices célébrés par les prêtres concubinaires, mais sans jamais donner cette raison que leurs sacrements sont nuls. On veut simplement les isoler comme les excommuniés (tam clerici quam laïci abstinerent se a fornicatorum sacerdotum et levitarum communione. Léon, 1050, cf. Mirbt, *op. cit.*, 263). Dans son *apologeticus* pour la réforme des mœurs, Bernaldus explique que l'on ne peut communiquer avec ceux que l'église condamne, ce qui empêche d'assister à la messe des clercs condamnés, à cause des répons. (*Libelli Bernaldi. Libelli de lite*, M. G., II, 80). Et Damiani, l'un des plus ardents promoteurs de la réforme, prouve longuement dans son *liber gratissimus*, que les sacrements des prêtres condamnés (il vise les simoniaques) sont valables. (*Libelli de lite*, I, 30). Telle était, en effet, la

Nous connaîtrions mal l'état du droit canonique par le seul examen des dispositions législatives; il serait intéressant de savoir si ces dispositions ont été sérieusement observées et à quelle résistance s'est heurtée l'autorité ecclésiastique.

Un incident de l'épiscopat d'Yves de Chartres est instructif à cet égard; car il semble méconnaître formellement les règles des récents conciles. Cette méconnaissance ne peut évidemment s'expliquer par l'ignorance. Il cite dans ses recueils le c. *Cœnomannensem* (c. 12 dist. 56 du Décret de Gratien), dont nous avons indiqué l'attribution douteuse [1], le c. du concile de Melfi [2] et le c. final du Décret, la décision d'Urbain II sur le cas d'un enfant adultérin [3]. Non seulement ces citations nous le montrent au courant de la législation, mais il discute même, dans un passage de la préface du Décret, le principe de la prohibition : *quidam vero romani pontifices decreverunt ne filii presbyterorum ad presbyteratum assumerentur*.

Or le 11 novembre 1102, le pape Pascal II écrivait à Yves pour lui recommander d'abolir les mauvaises coutumes qui régnaient dans son diocèse et en particulier d'observer ce que les papes, ses prédécesseurs, avaient ordonné relative-

doctrine officielle de l'église, le sacrement faisant son effet *ex opere operato* (doctrine préparée par Optatus et la lutte contre les donatistes, dégagée clairement depuis Albert le Grand et Duns Scot. Cf. Lichtenberger, *Encyclopédie des sciences religieuses* V° Sacrement, Harnack, *Histoire des Dogmes*, trad. Choisy, 368). Aussi les adversaires de la réforme ne manqueront pas de reprocher aux réformateurs de violer la doctrine unanime de l'Église en interdisant au peuple de suivre les offices des prêtres concubinaires. (Cf. Theiner, *Ehelosigkeit*, II, 104. Sigebert de Gembloux, *Chronique*, MG. SS., VI, 362 sqq. et *Apologia contra eos qui calumniantur missas conjugatorum clericorum. Libelli de lite*, M. G. II, 439, 3). Ce n'est donc point cette idée qui a pu amener à l'exclusion des illégitimes, considérés comme indignes du sacerdoce; d'ailleurs, jamais il n'est question chez aucun auteur, de l'un ou de l'autre parti, de suspecter la valeur des sacrements administrés par les enfants naturels.

1. *Pan.* III, 53.
2. *Décret* VI, 410. *Pan.* III, 51.
3. *Pan.* III, 54. Yves cite aussi le concile de Tolède. *Décret* VI, 425.

ment aux « fils des concubines [1]. » Yves fit part de ces recommandations aux chanoines de la cathédrale, et ceux-ci, pleins d'un beau zèle et aussi sans doute dans le but de mécontenter la comtesse de Chartres, firent serment de ne plus admettre parmi eux ni les *conditionarii* ni les *vulgo nati*. La comtesse se fâcha. Le métropolitain intervenant, Yves s'excusa auprès de lui, disant qu'il n'était pour rien dans cette affaire, que ses chanoines avaient prêté ce serment sans le consulter. L'affaire alla jusqu'au pape qui releva les chanoines de leur serment en ce qui concerne les *conditionarii* [2]. Nous ne savons ce qui advint de la partie du serment relative aux enfants illégitimes.

Il se présentait donc beaucoup d'enfants illégitimes pour entrer dans le chapitre de Chartres, pour que les chanoines sentissent le besoin de se liguer contre cet abus. Et l'évêque, qui se défend de leur avoir conseillé une telle attitude, ordonnait sans doute ces bâtards sans grande difficulté, soit que les règles fussent purement et simplement violées, comme semble s'en plaindre le pape Pascal II [3], soit que des dispenses fussent trop aisément accordées : la distinction est difficile à faire et peu importante dans la pratique.

Ainsi il semble que la prohibition n'était guère observée, au moins en ce qui concerne les enfants naturels des laïques, les seuls dont, semble-t-il, il soit question dans les délibérations du chapitre de Chartres. Mais on sait d'autre part à quelles difficultés, à quelles résistances se heurtèrent les papes dans leur lutte contre les clercs concubinaires ou mariés [4];

1. « De concubinarum filiis, quod a prædecessoribus nostris statutum est inconvulsum servetur, ut qui non præcedente canonica excusatione se promoveri non permittunt, suis reddantur minoribus inferiores. » Migne. *Patrologie* CLXIII, 100. Jaffé. *Regesta* I, p. 713.

2. Ivo. Ep. 117-126-147. Foucault, *Yves de Chartres*, p. 25.

3. « Audivimus in regionum vestrarum ecclesiis quasdam pravas consuetudines emersisse ». Migne CLXIII, p. 100. Nous verrons d'ailleurs plus loin ce qu'il faut penser de la dispense à cette époque.

4. Cf. Esmein. *Mariage*, I. 293. Theiner *Ehelosigkeit* II, § 41, Mirbt *Publizistik*, p. 270 sqq.

la mesure indirecte qui les frappe dans leurs enfants ne dut pas être d'une facile application.

Il devait y avoir tout au moins des difficultés transitoires. Ces fils de prêtres étaient entrés sans difficulté dans les ordres et avaient parcouru les premiers degrés de la hiérarchie ecclésiastique; les canons des conciles les arrêtaient brusquement dans leur carrière, leur refusant tout avancement. Un certain nombre, voulant sortir de cette impasse, demandaient qu'il leur fût tout au moins permis de retourner à l'état laïque. Pascal II fit droit à ces légitimes réclamations[1].

Les documents manquent un peu pour apprécier dans quelle mesure la prohibition fut appliquée, mais on peut cependant s'en faire une idée, si l'on remarque : 1° qu'à la fin du XII[e] et au XIII[e] siècle encore les papes sont obligés de protester continuellement contre les manquements à la règle[2]; 2° que dès l'époque même, où la prohibition se généralise, à la fin du XI[e] siècle, des protestations nombreuses s'élèvent dans le clergé.

Dans l'abondante littérature, à laquelle donnèrent lieu aux XI[e] et XII[e] siècles la réforme du clergé et la querelle des investitures, un certain nombre d'auteurs ont présenté la défense des fils de prêtres[3] et appuyé de nombreux arguments théologiques et pratiques leur protestation contre les décrets des

1. Pascal II. Lettre 86 à Anselme de Canterbury. « De sacerdotum et levitarum filiis dudum nos tibi scripsisse reminisceris. Porro si promoti fuerint inventi et, spe promotionis adempta, in eo, quo reperti sunt, ordine manere voluerint, quia illa eis macula non ex proprii culpa reatus inhæsit, non videtur, si alias digni fuerint, in eos depositionis sententiam dari, ut se iterum negotiis implicent secularibus, cum in eis ordinationis tempore propriæ voluntatis arbitrium non remanserit ». — Cf. Mansi XX. 1021. « De sacerdotum filiis vel concubinarum, qui quosdam olim gradus acceperint, et volunt omnino redire ad immunditias sæculi, nisi ad majores promoveantur, promittunt religiosam vitam, quid agendum est. »

2. Cf. infra, p. 43, n. 1.

3. Il est impossible de savoir si et dans quelle mesure ces ouvrages ont influé sur la marche de la querelle. Mais ils nous donnent un témoignage précieux sur l'état des esprits dans le monde ecclésiastique en présence de la réforme. Böhmer. *Kirche und Staat in England und in der Normandie in XI und XII Jahrh.* p. 163 et 164.

derniers conciles. Un chanoine de Bayeux, Serlo, lui-même fils de prêtre et qui peut-être avait accompagné son évêque, Odo, au concile de Clermont, a composé spécialement pour protester contre un décret qui lui était une injure personnelle, un petit poème intitulé : *Defensio pro filiis presbyterorum* [1].

Il admet sans difficultés que les mariages des prêtres sont nuls et leurs enfants illégitimes, mais ce n'est point une raison pour exclure ceux-ci du clergé [2]. Les arguments ne manquent pas : d'abord les enfants ne doivent pas être punis pour la faute de leurs parents [3], de nombreux textes des Pères en faisaient foi, qui seront cités encore au Décret de Gratien. Ensuite le baptême, qui lave du péché originel, doit a fortiori effacer toute tache de la naissance, si tache il y a [4]. Mais ce qui surtout semble à Serlo inadmissible, c'est l'exception faite en faveur des religieux, qu'on a déjà remarquée dans les textes cités et sur laquelle nous reviendrons. Attribuer à l'habit monacal cet effet purificateur, qu'on ne reconnaît point au baptême, est une monstruosité, et l'on voit trop bien où tend la mesure : à l'abaissement des chapitres au profit des couvents [5]. Enfin dernier inconvénient pratique : la prohibition existe, mais il y aura des dispenses. On sait ce qu'il en coûtera aux malheureux exploités par les officiers avides de la cour de Rome [6].

1. Böhmer, *Kirche und Staat*. p. 167. — Cf. *Hist. Fr.* XI, 444-446.
2. Libelli de lite (Mon. Germ.), III, 580.
Rex immortalis, quam longo tempore talis
Mundo risus erunt, quos presbyteri genuerunt?
3. — Quid meruere pati, quocumque thoro generati
si vivant pure?.....................
Quisque sui portet peccati pondus oportet
nec sit damnatus patris pro crimine natus.
4. — . . . . .Nova quo sententia jure
immeritos urget, maculas cum gratia purget
omnes fonsque sacer.?. . . . , .
5. — Quid, vehemens pestis, faciet mutatio vestis
Quod sacramentum lavari nequit?. . . . .
Non magis, ut credo, panni lavat ulla nigredo
Quam sacri fontis virtus contagia sontis.
6. — . . . . . . de romane pietatis
ubere nil hausit, sua qui marsupia clausit.

La plupart de ces arguments sont reproduits dans la lettre de Thibault d'Étampes à Roscelin de Compiègne [1]. Il y ajoute des arguments historiques, qui sont rapportés par Yves de Chartres et que reproduira le Décret de Gratien, citant les papes et les saints vénérés par l'Église, qui furent des fils de prêtres, à commencer par saint Jean-Baptiste, citant la généalogie du Christ lui-même, dans laquelle se rencontre au moins une union adultère [2].

L'anonyme d'York est plus intéressant, parce qu'il apporte des arguments nouveaux et révolutionnaires : il allègue le droit naturel, devant lequel toutes les unions sont égales et tous les enfants légitimes, ce qu'il fortifie d'arguments théologiques, en montrant que les enfants sont les créatures de Dieu et non de leurs parents, que par suite leur naissance ne peut être un déshonneur pour eux et que d'ailleurs le baptême devrait suffire à effacer la tache, s'il y en a une [3].

Quels que soient d'ailleurs les arguments invoqués, ce que nous avons à retenir de cette littérature, c'est la protestation d'une partie du clergé contre les rigueurs nouvelles du droit.

1. Böhmer, *Kirche und Staat*, p. 169. *Libelli de lite* III, p. 603-607 et d'Achery, *Spicilegium*, III, 142. Roscelin avait été chassé d'Angleterre à cause de sa campagne contre les fils de prêtres et en faveur de la réforme des mœurs. Cf. Picavet, *Roscelin*, *Bulletin de l'École des Hautes Études* (sc. relig.), 1896, p. 10.

2. L'auteur du *Pro clericorum connubio* combat aussi bien entendu l'exclusion des fils de prêtres (M. G. l. c. 594-596). Il se réfère à l'autorité de saint Augustin et Isidore, à l'histoire de l'Église qui montre des fils de prêtres devenus papes, enfin à la pratique générale de son époque. Böhmer, *Kirche und Staat*, p. 175.

3. Böhmer, *Kirche und Staat*, p. 223. — Dans le nord de la France on avait essayé de former une ligue pour résister aux ordres de la papauté; elle protestait à la fois contre le célibat et contre les mesures frappant les fils de prêtres. *H. Fr.*, XIV, 779 b « Inter hæc, carissimi, verecundiæ nostræ nihil ab illis parcitum, ubi clericorum filiis, ut ordinari debeant, penitus interdicitur : cum beatus dicat Augustinus : undecumque nascatur filius ... ». Cf. Mirbt, *Publizistik*, p. 302.

§ 2. — *Du Décret aux Décrétales.*

La législation ecclésiastique a créé l'*irregularitas ex defectu natalium*; les grands travaux canoniques du XIIe et du XIIIe siècles devront lui faire sa place. La distinction LVI du Décret de Gratien lui est consacrée tout entière.

Gratien a de plus reproduit le canon du neuvième concile de Tolède, qui rend serfs de l'Église les fils de prêtres. Le texte était inséré dans les recueils de Burchard, de Saint-Abbon, d'Yves de Chartres sans qu'aucun autre document permette d'en constater pratiquement l'application. C'était sans doute plutôt le souvenir d'un droit ancien, que l'énoncé d'une loi en vigueur. Nous en avons la preuve, au moins pour le Décret de Gratien, dans la manière dont cette disposition est comprise et expliquée par ses premiers commentateurs. La *Summa magistri Rufini* enseigne qu'il ne s'agit pas là d'une servitude proprement dite, mais de *aliquam obsequii obligationem, qua, etiamsi sacerdotes facti erunt, ipsi ecclesiæ alligati erunt* [1]. Les fils de prêtres ne sont pas à proprement parler *in servitute*, nous dit Étienne de Tournay, mais *in servitio* [2]. Que signifient toutes ces subtiles distinctions, si ce n'est qu'on était fort embarrassé d'expliquer une disposition disparue de la pratique, mais que par tradition les canonistes continuaient d'insérer dans leurs collections de textes. C'est ici d'ailleurs la dernière fois que nous la rencontrons; elle ne paraît plus dans les recueils postérieurs. Nous ne nous en occuperons plus.

La Dist. 56 est entièrement consacrée à cette question difficile de savoir si les fils de prêtres doivent ou non être admis dans les ordres [3], c'est-à-dire, en généralisant, si les

1. *Summa magistri Rufini*, Dist. 56.
2. *Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*. Ed. Schulte, Dist. 56.
3. Décret de Gratien D. 56. *Presbyterorum filii ad sacra officia non sunt admittendi.*

enfants doivent être frappés pour les fautes de leurs parents, ou si au contraire on ne peut leur reprocher leur naissance hors mariage même incestueuse ou adultérine.

On sait comment procède d'ordinaire Gratien dans l'examen d'une question : son but étant de supprimer les contradictions existant entre les différents textes, contradictions qui ne peuvent être qu'apparentes, il expose une opinion, puis l'opinion contraire, les appuyant toutes deux de textes, enfin il concilie; la partie dogmatique, qui encadre les textes et forme l'œuvre personnelle de Gratien, porte le nom de *dicta Gratiani*.

Le défaut de cette méthode de conciliation forcée est qu'il en résulte parfois une certaine obscurité sur l'opinion personnelle de l'auteur. C'est ce qui nous semble s'être produit en particulier pour la Dist. 56, dont les commentateurs de Gratien, depuis les premières sommes sur le Décret, ont tiré un système qui semble trahir la pensée vraie de l'auteur.

Après avoir dans une première partie, qui ne comprend d'ailleurs qu'un seul texte, celui du concile de Clermont de 1095, énoncé la règle générale excluant des ordres les fils de prêtres, il émet, dans un *dictum* ouvrant la seconde partie, cette idée que les enfants ne sont pas responsables des fautes des parents. Il appuie cette assertion d'un grand nombre de textes tirés des Pères de l'Église, il cite même certains papes qui étaient des fils de prêtres (c. 2). Mais, dit la troisième partie, si les enfants ne sont pas responsables des vices paternels, cependant les pères transmettent leurs vices à leurs enfants (c. 10). Voilà pourquoi le pape n'admet dans le clergé que les enfants qui ont embrassé la vie religieuse, montrant ainsi qu'ils ne marchaient pas sur les traces de leurs pères [1]. Voilà pourquoi le pape Alexandre II n'admet les autres que par une dispense, qui suspend, sans l'abolir, la règle générale [2].

1. Unde Urbanus in fine superioris capitis (c. 1) distinguendo subjunxit : (c. 11) nisi aut in cœnobiis, etc.

2. Hoc... ex dispensatione ecclesiæ introductum videtur; et quod ex dispensatione introducitur, ad consequentiam regulæ trahi non poterit.

Et il n'y a rien de contradictoire dans tous les textes cités, dit enfin Gratien [1]; sans doute des fils de prêtres sont montés sur le siège pontifical : mais c'étaient des fils légitimes, nés avant l'ordination de leurs pères, ou nés à une époque où le mariage était permis aux prêtres. Sans doute des textes affirment que les enfants ne sont pas responsables des fautes paternelles, tandis que, d'après le *Liber Sapientiae* [2], Dieu a horreur des enfants adultérins; mais ceux que Dieu a ainsi en horreur, sont ceux qui ont hérité des vices paternels. C'est pourquoi le pape a pu autoriser l'élévation au siège épiscopal de Léon d'un fils adultérin, qui par ses vertus s'était montré digne de cet honneur [3].

Ainsi la pensée de Gratien nous semble claire et parfaitement en harmonie avec toute la législation précédente. Mais les commentateurs l'ont comprise autrement, et, bâtissant toute une théorie sur quelques lignes et surtout sur le dernier *dictum*, ont cru que la prohibition papale ne visait parmi les enfants illégitimes que ceux qui imitaient les vices paternels, les autres devant sans dispense être admis dans les ordres. Pancapalæa rapporte les diverses interprétations possibles; mais il met en première ligne la théorie la plus favorable aux illégitimes : *Presbyterorum filii ad sacra officia non sunt admittendi, sed de illis hoc intelligitur qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint. Ceterum si religiosi et honesti, non solum sacerdotes sed etiam summi Pontifices fieri possunt.*

Rufin range les fils de prêtres d'après la classification suivante : d'abord les fils légitimes, qui entrent dans les ordres sans difficulté, puis les fils illégitimes. Parmi ceux-ci l'auteur distingue les *heredes criminum*, qui sont exclus et les *sectatores bonorum operum*, parmi lesquels on fait encore

1. Dernier *dictum* de la Dist. LVI.

2. La citation n'est pas très exacte. Le *Liber Sapientiae* dit (ch. III) : Filii autem adulterorum in inconsummatione erunt, et ab iniquo thoro semen exterminabitur.

3. Dist. LVI, c. ult.

une sous-classification entre ceux qui ont une vertu plus qu'ordinaire et qui entrent sans aucune entrave dans la hiérarchie ecclésiastique et ceux qui, n'ayant qu'une vertu moyenne, sont admis seulement *necessitate postulante*. Etienne de Tournai donne une classification analogue.

Dans les *Incerti auctoris quæstiones* [1] se lit la proposition suivante : *Licet sit natus de adulterio, si alias fuerit dignus ad ordinationem admittitur*. C'est exactement la même doctrine, qui [2] est exprimée dans la première phrase du *dictum*, de la Dist. 56, *sed hoc intelligendum est de illis qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint*.

De ces considérations Van Espen conclut que l'*irregularitas ex defectu natalium* n'existait pas encore au milieu du XIIe siècle, puisque Gratien n'exclut des ordres que ceux qui sont, par leurs propres vices, indignes de les recevoir [3].

Il semble qu'il n'y ait pas une grande différence entre la théorie qui est devenue classique, celle de la prohibition absolue et de la dispense, et la théorie que l'on a tirée des œuvres de Gratien. Ce serait, en effet, tout un, si dans ce dernier système l'enfant illégitime était soumis à un examen spécial ayant pour but de déterminer si ses mérites particuliers peuvent faire oublier la tache de sa naissance. Mais si cet examen se confond avec celui que l'évêque doit faire de la vie et des mœurs de tout ordinand, on voit que la situation des bâtards n'est guère différente de celle des enfants légitimes.

Il semble donc que la théorie de l'*irregularitas* construite sur Gratien par ses commentateurs soit l'œuvre de gens qui, connaissant la règle, sont moins soucieux de l'appliquer

1. *Incerti auctoris Quæstiones* II. Append. à la *Summa magistri Rolandi* edit. Thaner, p. 238.

2. Remarquons que *adulterium* est pris ici dans le sens de toute liaison illégitime, sens général qui se rencontre souvent dans la langue de l'Église (Lancelot, *Institutes*, IV VIII 1). En effet, l'auteur cite à l'appui de sa proposition non pas le c. final de la Dist. 56, qui vise un véritable adultérin, mais les c. 12 et 13 qui s'occupent de fils de prêtres.

3. Van Espen, *Jus ecclesiasticum universum*, I, p. 609.

que d'y trouver des exceptions. Ce n'est pas, en effet, même chose que de dire : ceux qui sont vertueux ne sont pas exclus, ou : tous sont exclus, à moins que l'autorité ecclésiastique ne lève dans chaque cas spécial la prohibition, eu égard aux mérites particuliers du postulant.

Nous pouvons voir d'ailleurs, comment dans un cas particulier raisonne un auteur, qui a de l'*irregulàritàs* la conception que nous venons d'analyser. Il s'agit d'une lettre de ce commentateur précité de Gratien, Étienne, plus tard évêque de Tournai, alors abbé de Sainte-Geneviève de Paris, au pape Lucius III [1]. Le fait se place donc à la fin du XIIe siècle, peu de temps après la publication du décret de Gratien.

Le chancelier de Philippe Auguste [2], sollicitant un canonicat dans l'église cathédrale de Paris, se voyait repoussé par le chapitre à cause de sa qualité de bâtard. En sa faveur Étienne écrit au pape pour lui demander ou d'abroger cette loi, que quelques églises se sont données, d'exclure les illégitimes, ou du moins d'en dispenser dans le cas présent le dit chancelier. Voici comment il s'exprime : *Et quoniam in regno Francorum aliquæ Ecclesiæ quadam scrupulosa nobilitate gloriosam, ut æstimant, sibi consuetudinem assumpserunt, ne aliqui, nisi ex licito complexu geniti promoveantur, in eis meritorum et virtutis excellentiam origini postponentes.*

Il est aisé dans cette dernière phrase de reconnaître la théorie qui admet *ipso jure* aux ordres et aux bénéfices des enfants illégitimes recommandables d'ailleurs par leurs vertus. Et l'on voit dans cette circonstance combien cette théorie est favorable aux bâtards. Lorsque certaines églises plus scrupuleuses voulaient écarter ceux-ci de leur sein, c'est-à-dire voulaient, en ce qui les concerne et dans leur domaine particulier, appliquer dans leur rigueur les lois de l'Église, des canonistes comme Étienne de Tournai les accusaient de fierté et d'injustice.

1. Epist. 82. Migne CCXI, c. 378.
2. Hugues du Puiset mort en 1186.

Le système de Gratien représente donc une tendance à l'indulgence envers les illégitimes, un palliatif des règles pontificales de la fin du XIᵉ siècle. A cet état d'esprit théorique correspond dans la pratique une grande difficulté à faire observer la prohibition. La fréquence même des textes législatifs où elle est rappelée, le soin qu'a chaque concile de la promulguer à nouveau, comme nous le voyons faire par le 3ᵉ concile de Latran de 1179, mieux encore les nombreux rappels, que fait le pape, de la règle nouvelle [1], les questions qui lui sont posées par des évêques éloignés [2], tout concourt à prouver que la règle, établie en principe depuis plus d'un siècle, avait du mal à entrer dans les mœurs.

Et cela est surtout vrai, maintenant comme au temps d'Yves de Chartres, des enfants naturels simples des laïques. Pour les fils de prêtres, la question se complique en effet de la crainte de l'hérédité des bénéfices, les préoccupations changent; pour les enfants adultérins il y avait certainement une assez forte réprobation réelle; mais pour les autres on ne tenait pas tant à les écarter. Nous en avons pour preuve au XIIIᵉ s. encore le témoignage du pape Innocent III lui-même. C'est une décrétale qui a pris place au *Corpus* (c. 10, X, 1, IX). Un évêque, dit le pape, peut se démettre de ses fonctions, s'il s'aperçoit qu'il est frappé d'une *irregularitas;* mais, ajoute-t-il immédiatement, il ne faut pas démissionner à la légère pour n'importe quelle irrégularité, *utpote si de legitimo matrimonio non sit natus.* « Les enfants, du moins ceux qui n'imitent pas les vices de leurs parents, ne doivent pas être rendus responsables de leur origine. Il faut toutefois distinguer suivant que l'on est en présence d'un enfant naturel simple, ou d'un enfant adultérin, d'un enfant du hasard ou du fils d'une concubine [3] ».

1. Cf. c. 18, X, I, XVII.
2. *Comp. I* h. t. c. 5.
3. « Illo discretionis adhibito moderamine ut inter nothos et manzeres, naturales et spurios distinguatur.

§ 3. — *Les Décrétales de Grégoire IX et le Liber Sextus.*

L'apparition des décrétales de Grégoire IX [1] ne change rien à cet état de choses ; aucune nouvelle prohibition ne se fait jour, aucune précision n'est apportée dans l'application des anciennes. Grégoire IX ne reprend même pas, comme il le fait parfois, les règles antérieures, pour les résumer dans une décrétale spécialement écrite pour son recueil. Il se contente de rassembler les décisions concrètes de ses prédécesseurs, faisant précéder le tout d'un énoncé de la règle générale emprunté au concile de Melfi.

Pour expliquer ce silence relatif au sujet de la première de nos trois prohibitions, il est nécessaire de faire remarquer dès maintenant qu'à cette époque, la préoccupation des autorités ecclésiastiques a changé. C'est la prohibition des bénéfices, qui préoccupe plutôt l'Église, bien que la rubrique de notre titre soit encore aux décrétales *De filiis presbyterorum ordinandis vel non.*

Quant au *Liber sextus* il ne contient sous la rubrique *De filiis presbyterorum* que deux chapitres [2]. Boniface VIII renouvelle expressément les anciennes prohibitions en en précisant l'étendue. Les enfants illégitimes des laïques et des clercs sont exclus du dernier des ordres mineurs et du plus petit bénéfice, à moins de dispense épiscopale ou papale suivant les cas.

Il n'y a là que la reproduction des règles connues ; on a dit cependant que Boniface VIII avait innové en fermant aux bâtards l'accès des ordres mineurs et que le droit antérieur ne les avait exclus que des ordres sacrés. Une rapide revue des textes prouvera le contraire.

Le concile de Bourges, le premier de tous, est sur ce point

1. I. XVII. *De filiis presbyterorum ordinandis vel non.*
2. *Liber sextus*, I, XI.

d'une absolue netteté [1]; le concile de Melfi de 1089 et celui de Latran de 1139, qui en est la reproduction, écartent les fils de prêtres *a sacris altaris ministeriis*. Le concile de Clermont de 1095 défend de les élever *ad ordines vel aliquos honores ecclesiasticos*. Il semble difficile en présence de ces textes, de nier le caractère général de la prohibition.

Une preuve plus directe est fournie par le c. 14, X, h. t. qui nous offre l'exemple d'une dispense formelle accordée par le pape Clément III à un fils illégitime d'une espèce particulière, l'enfant conçu après l'ordination de son père antérieurement marié. Le pape l'autorise à *ordinari in clericum*. Il s'agit évidemment ici de l'entrée d'un jeune laïque dans l'état ecclésiastique, des premiers ordres.

Un seul texte pourrait autoriser un doute; c'est le c. 5 de la *Compilatio Prima* [2], qui n'a pas passé dans le recueil de Raymond de Pennafort Le pape Alexandre III y répond à une consultation de l'évêque de Durham au sujet des fils de prêtres : nous devons donc supposer que les termes de cette réponse sont précis et mesurés de façon à ne laisser subsister aucun doute dans l'esprit de celui qui a posé la question. Or cette décrétale écarte les fils de prêtres des ordres sacrés et des fonctions à charge d'âme : *ad sacros ordines promoveri vel eis curam animarum committi*. Les mots *sacri ordines* pourraient à la rigueur s'entendre de tous les ordres, il y en a des exemples [3]. Mais la fin du texte précise : la prêtrise et le diaconat (le sous-diaconat n'était pas encore un ordre majeur). On serait tenté d'en conclure que, à cette époque au moins, entre 1159 et 1181, la prohibition, en tant que s'appliquant aux ordres mineurs, était tombée dans l'oubli. C'est ainsi que ce chapitre a été compris par bien des auteurs [4].

1. *Concile de Bourges* (1031). « Et qui de talibus clerici nunc sunt, sacros ordines non accipiant sed, in quocumque gradu nunc sunt, in eo tantum permaneant et ultra non promoveantur ».
2. *Compilatio Prima*, h. t. c. 5. Ed. Friedberg.
3. c. 14, X, I, XVII, *De fil. presb*.
4. Van Espen, *Jus ecclesiasticum universum* Pars II, t. 10, c. 3, § 7.

Mais il est en contradiction avec un trop grand nombre d'autres pour que cette explication puisse être acceptée telle quelle. Il y en a une autre que nous exposerons plus longuement en parlant du droit de dispense : c'est que par cette décrétale le pape laisse à l'évêque la libre disposition des ordres inférieurs et se réserve le droit de dispenser pour les ordres sacrés.

Nous concluons donc que la prohibition a toujours été en principe, sinon en fait, étendue à tous les degrés de la hiérarchie ecclésiastique. C'est dans ce sens que se prononcent d'ailleurs les premiers commentateurs des Décrétales de Grégoire IX, Innocent IV [1] et Hostiensis [2]. Ils se fondent sur le c. 14 qui leur paraît, comme à nous-mêmes, probant, au moins en ce qui concerne les fils de prêtres; car Innocent IV admet qu'il subsiste un doute pour les autres.

Désormais le droit est fixé sur notre irrégularité. Mais la prohibition des ordres en a engendré deux autres, qui ont pris aux yeux des canonistes plus d'importance que la première : la prohibition des bénéfices et celle de la succession aux bénéfices.

II

LA PROHIBITION DES BÉNÉFICES

Sans entreprendre d'exposer la théorie ecclésiastique des bénéfices, quelques lignes générales sont nécessaires pour faire comprendre ce qui suit. On appelle bénéfice, à proprement parler, un bien dont le revenu est affecté à la rétribution d'une certaine fonction; mais dans la langue courante, la fonction et sa rétribution étant inséparables sont appelées

1. Innocentius IV, *Apparatus in quinque libros Decretalium sur* c. 14, h. t.
2. Hostiensis, *Commentaria in V libros Decretalium*. ibid.

toutes deux ensemble bénéfice [1]. Parler de prohibition des bénéfices, c'est dire que les personnes qui en sont frappées ne peuvent remplir une fonction ecclésiastique, ni toucher les revenus qui y sont attachés. Il est par conséquent évident que, si l'on refuse d'une façon absolue les bénéfices à une certaine catégorie de personnes, sans leur refuser en même temps et dans la même mesure l'entrée des ordres, on créera une classe de prêtres sans fonctions, pour employer l'expression technique sans *titre*, ce que l'on appelait aussi les *acephali*.

Il a existé en effet de ces sortes de prêtres, mais l'Église s'en est toujours méfiée et a continuellement cherché à en restreindre le nombre. Il faut qu'un prêtre ait de quoi vivre; celui qui sert à l'autel doit vivre de l'autel [2]. Déjà au ve siècle, le concile de Chalcédoine [3] avait interdit les ordinations vagues. Mais cette mesure fut impuissante; au moyen âge on trouve, surtout à la cour des grands seigneurs laïques et des évêques, de ces *clerici acephali*, *vagantes*. Il est inutile d'insister sur le scandale dont pouvaient être l'occasion dans l'Église, ces clercs dont l'existence n'était pas assurée par la rétribution naturelle de leurs fonctions. Aussi voyons-nous qu'à la fin du xie s., au moment de la grande réforme de l'Église, on prend des mesures pour en diminuer le nombre. Les ordinations sans titre sont à nouveau interdites; mesure sans effet, car nous la voyons trop souvent renouvelée (conciles de Melfi (1089) c. 9 [4], de Plaisance (1095) [5]. Enfin

1. Dans ce sens il faut comprendre au nombre des bénéfices la papauté et les évêchés; mais dans le langage ordinaire on ne les appelle point bénéfices. Nous suivrons la terminologie courante. Cf. Devoti. *Institutionum canonicarum libri IV*. L. II, tit. XIV, § 9.

2. « Nescitis quoniam qui in sacrario operantur, quæ de sacrario sunt edunt, et qui altari deserviunt cum altari participant? Ita et dominus ordinavit eis qui Evangelium annuntiant, de Evangelio vivere. » Paul. I *Cor*. IX, 13 et 14.

3. Hinschius. *Kirchenrecht*, I, p. 64.

4. Mansi, XX, 713.

5. *Décret de Gratien*, Dist. LXX, c. 2.

en 1179, le concile de Latran exige formellement un titre à partir du grade de diacre : tout évêque qui aura ordonné un diacre ou un prêtre sans le pourvoir d'un bénéfice, devra le nourrir de ses deniers, à moins que le clerc en question n'ait une fortune personnelle suffisante. Innocent III étendit cette exigence au sous-diaconat. C'est l'origine des ordinations à titre patrimonial.

Ce court résumé suffit pour montrer quel était à ce sujet l'esprit de l'Église : il est a priori impossible de croire qu'elle va, en mettant plus de difficultés à accorder aux bâtards le bénéfice que l'ordre, augmenter à plaisir le nombre des ordinations vagues. Aussi est-il en principe exact de dire que la prohibition des bénéfices est subordonnée à celle de l'ordre, et que, la seconde tombant, la première ne saurait subsister dans son intégrité. Le principe est d'ailleurs énoncé en propres termes à propos d'un bâtard dans les Décrétales par Alexandre III. *Quia indignum est ut ipse, postquam est in subdiaconum ordinatus, omnino debeat ecclesiastici beneficii provisione carere* [1]. Et tous les canonistes le reconnaissent dans leurs commentaires sur ce chapitre, qui est un des sièges de la matière.

Il n'est pas fait mention des bénéfices dans les premiers textes sur lesquels est basée notre *irregularitas*. Le concile de Bourges est muet sur ce point. Ceux de Melfi et de Clermont et tous ceux qui ont reproduit leurs dispositions, ne parlent d'une certaine classe de bénéfices, les dignités et prélatures, que pour les interdire aux seuls bâtards ayant fait profession religieuse. Mais il y a pour ceux-ci un droit spécial, que nous étudierons séparément : l'*irregularitas* ne les frappe pas de la même manière que les autres; les ordres et les bénéfices aussi en principe, leur sont accessibles, sauf certaines fonctions plus importantes, pour lesquelles on exige d'eux une dispense [2].

1. C. 6, X, I, xvii, *De fil. presb.*
2. Cf. infra, chap. iii.

Pour la généralité des enfants illégitimes il n'y a rien de semblable, au moins jusqu'au milieu de XIIe siècle sous Alexandre III. Et c'est pourquoi avant cette époque nous n'osons parler d'une prohibition spéciale des bénéfices.

Il y en aura une le jour où l'on distinguera entre les bénéfices une certaine catégorie de bénéfices supérieurs, qui restent interdits aux bâtards, même quand une dispense de l'autorité ecclésiastique compétente leur a ouvert l'accès des ordres et des bénéfices simples.

La première classification de ce genre, que nous ayons rencontrée, est contenue dans une décrétale d'Alexandre III. Auparavant nous pouvons seulement constater les efforts faits par certains groupes ecclésiastiques pour écarter les enfants illégitimes. Les chanoines de la cathédrale de Chartres sous l'épiscopat d'Yves, et, au témoignage d'Étienne de Tournai, bien d'autres chapitres en France, refusaient d'admettre les bâtards parmi eux, après que les évêques leur avaient avec ou sans dispense, peu nous importe ici, conféré les saints ordres. Nous avons eu déjà l'occasion de raconter ces faits en détail [1]. Mais ce n'étaient là que des coutumes locales, des privilèges qui continuèrent à subsister dans le droit postérieur. Nous les retrouverons en nous occupant des dispenses.

La décrétale dont nous parlons, a au contraire un caractère général. Le pape répond à une consultation d'évêque, que les fils de prêtres ne peuvent obtenir de bénéfices à charge d'âme (*beneficia curata*, *curam animarum habentia*), c'est-à-dire auxquels est attachée une juridiction pénitentielle ou correctionnelle [2].

Le pape divise donc les bénéfices en deux classes, dont la seconde est d'accès plus difficile. C'est à cette classification que fait sans doute allusion le même pape quand il félicite un évêque d'avoir refusé une *curam animarum* à un bâtard [3].

1. Cf. supra, p. 21 et 29.
2. Durand de Maillane, *Dictionnaire du droit canonique*, v° charge d'âme.
3. Cf. Friedberg, *Corpus* — *Pars decisa*, c. 6, X, 1, XVII.

La même classification se retrouve avec plus de détails dans le c. 18 qui est de Grégoire IX. Cette décrétale adressée à l'archevêque de Tours nous révèle les abus qui se commettaient dans cette province ecclésiastique. Le pape se plaint en effet que les fils de prêtres et autres enfants illégitimes soient promus aux dignités, personats et autres bénéfices à charge d'âme sans dispense du Saint-Siège. Et il décide qu'à l'avenir sans cette dispense aucun bénéfice de ce genre ne devra être accordé à un bâtard.

Il semblerait que la papauté, ne pouvant ôter aux évêques la libre disposition des ordres, ait eu l'idée d'élever un second obstacle plus difficile à franchir que le premier. Quelle que soit cette intention, le résultat est certain : les bâtards ont accès aux ordres plus facilement qu'aux bénéfices, qu'à certains bénéfices plus exactement; il y a donc véritablement deux prohibitions distinctes et relativement indépendantes l'une de l'autre.

Ce droit des Décrétales fut en ce point purement et simplement confirmé par Boniface VIII [1]. Mais s'il est vrai qu'il y a deux prohibitions, il est néanmoins évident que, lorsque le pape jugeait opportun de conférer ou de laisser conférer à un bâtard les ordres sacrés (ce droit de dispense lui appartient exclusivement, nous le verrons, au moins à partir du *liber Sextus*), il devait en même temps dans la plupart des cas permettre de lui confier une fonction en rapport avec ces ordres, bien qu'à vrai dire il y ait encore des degrés parmi les bénéfices à charge d'âme. C'est à ces proportions qu'il faut ramener la seconde de nos trois prohibitions, qui reste forcément, malgré l'importance qu'elle a pu prendre (justement parce qu'elle représente le côté économique et pratique de la question), une dérivation et un corollaire de la première.

1. c. 1 6° I. xi. « Is qui defectum patitur natalium, ex dispensatione episcopi licite potest..... obtinere beneficium cui cura non imminet animarum. »

III

PROHIBITION DE L'HÉRÉDITÉ DES BÉNÉFICES [1].

De faciles dispenses ouvraient aux fils de prêtres l'accès des ordres et des fonctions, auxquelles étaient naturellement adjoints des bénéfices, leur pouvaient être confiées. Cet état de choses devait dans certains cas être la source de scandales. Qu'un prêtre, après avoir fait obtenir une dispense à son fils illégitime, lui fasse obtenir un bénéfice dans l'église à laquelle, par sa fonction, il est lui-même attaché; mieux encore, qu'il résigne en faveur de ce fils son propre bénéfice, ou que, par de puissantes influences, il obtienne que, lui mort, ce bénéfice lui soit conféré : voilà une série de situations qu'on ne saurait tolérer dans l'Église. Alors même qu'il s'agit du fils légitime d'un prêtre, c'est-à-dire d'un fils conçu avant que son père ait reçu les ordres sacrés, il y a intérêt à ce qu'il n'obtienne pas le bénéfice paternel, si l'on veut éviter tout ce qui ressemble et tout ce qui pourrait amener à l'hérédité des bénéfices.

Et il y avait en réalité des pays où l'hérédité des bénéfices menaçait de s'établir en fait sinon en droit. Nous en avons pour l'Angleterre, et en particulier, pour la province d'York, une preuve frappante dans les décrétales de Grégoire IX [2]. Le pape Alexandre III, dans une décrétale adressée à l'archevêque d'York, lui permet de maintenir par exception dans les bénéfices qu'ils occupent et qu'ont occupés avant eux leurs pères, ceux qui lui sembleront par leurs vertus mériter

1. Sous ce titre nous comprenons la prohibition pour le fils naturel de servir dans la même église que son père vivant (*ministrare patri*). Nous évitons ainsi l'emploi répété d'une longue périphrase.

2. c. 9, X, I, XVII (1159-1181). Aux X[e] et XI[e] siècles il y a même des exemples d'évêchés se transmettant héréditairement. Cf. Imbart de la Tour, *Élections épiscopales*, p. 363.

cette faveur ou simplement ceux qui sont depuis longtemps en possession. Il semble bien qu'il s'agisse ici d'une sorte d'épuration du clergé de la province à ce point de vue spécial de l'hérédité des bénéfices; mais de pareilles épurations sont en pratique délicates; il y faut des tempéraments motivés soit par la puissance, soit par la vertu du bénéficier, soit même par la seule force de la situation acquise, par une sorte de prescription. Aussi l'archevêque demande-t-il et obtient-il du pape la permission de laisser en possession ceux qu'il jugera bon de ne pas inquiéter. On voit par cet exemple combien les abus étaient criants, au moins dans certaines parties de la chrétienté.

C'est là d'ailleurs un abus tellement naturel, que, malgré tous ses efforts, l'Église n'est pas arrivée à déraciner des esprits cette idée qu'il y a sur les bénéfices une sorte de droit de famille. Rebuffe s'étonnera et s'indignera encore de ce que les postulants aient coutume de faire valoir, comme un titre à l'obtention d'un bénéfice, le fait qu'un de leurs parents en a été investi [1].

L'Église voulut donc opposer à ces abus une double barrière, en empêchant le fils naturel d'officier aux côtés de son père vivant (*ministrare patri*) et tout fils, légitime ou illégitime, de succéder au bénéfice paternel. Nous voyons donc dès maintenant qu'il y a une partie de cette prohibition qui sort de notre sujet, puisqu'elle vise les enfants légitimes. Néanmoins elle est tellement liée au reste, qu'il est impossible de la passer absolument sous silence.

La prohibition de l'hérédité en matière bénéficiale est, au moins en ce qui concerne les enfants naturels, logiquement et historiquement postérieure à la prohibition de l'ordination. Sans doute les bénéfices ecclésiastiques n'ont jamais été des biens héréditaires, mais aucune règle n'empêchait le collateur de confier au fils la fonction et le bénéfice du père.

1. Rebuffe, 1487-1557, *Praxis beneficiorum. De dispensatione super defectu natalium.*

Le concile de 1031, qui est, on s'en souvient, le premier document législatif en notre matière, ne parle ni des bénéfices en général, ni de la succession aux bénéfices paternels. Mais, en 1078, la même année que le concile de Poitiers, le concile de Girone dans ses chapitres 3 à 5 [1] exclut formellement et expressément les fils de ceux qui ont reçu les ordres majeurs, des charges et bénéfices paternels. Cette défense est renouvelée par les synodes de Londres en 1102 [2], de Nantes en 1127 [3], par le concile général de Latran de 1139 [4] et, enfin, comme nous l'avons indiqué, devient la préoccupation dominante dans les Décrétales.

Les Décrétales de Grégoire IX, si nous y ajoutons les quelques textes, qui, insérés dans les *Quinque compilationes antiquæ*, n'ont pas passé dans le nouveau recueil, contiennent en tout 21 décisions sous la rubrique *de filiis presbyterorum*. Sur ces 21 décrétales, cinq s'occupent exclusivement de la prohibition des ordres, une s'occupe de la prohibition des bénéfices, et toutes les autres de l'hérédité des bénéfices ecclésiastiques. Et remarquons que les décrétales, qui de la *Compilatio prima* n'ont pas passé dans le recueil de Raymond de Pennafort, sont de celles qui ne visent que la prohibition des ordres. Cette abondance de textes prouve l'importance que l'on attachait à cette partie de nos prohibitions, en même temps que l'étendue des abus auxquels il fallait remédier.

De l'ensemble de ces décisions on dégage aisément les règles suivantes que nous résumons d'après Hostiensis et J. Andreæ [5] : les illégitimes ne peuvent pendant la vie de leur père être en fonction avec lui dans la même église [6],

1. Mansi, XX, 518.
2. c. 7, Mansi, XX, 1151.
3. Mansi, XXI, 353.
4. Mansi, XXI, 525, c. 16.
5. J. Andreæ, *Commentaria in libros Decretalium*, sur le c. 16. Hostiensis, *Summa aurea. De fil. presb. Quis possit dispensare*, vers. *Duæ sunt.*
6. c. 12, 15, 16, X, h. t.

ce qui est permis aux enfants légitimes, mais ni les uns ni les autres ne peuvent obtenir *immediate* le bénéfice paternel après la mort du père ou même de son vivant par résignation [1]; il faut qu'un tiers occupe entre eux deux ce bénéfice et cette fonction [2].

Ces mesures n'étaient pas encore assez sévères et sans doute les transgressions furent nombreuses. Il y avait d'ailleurs un moyen aisé de tourner la loi; suivant le principe admis par les Décrétales, *media persona purgat vitium*, le prêtre qui voulait transmettre son bénéfice à son fils, n'avait qu'à faire une résignation en faveur d'un ami, qui, jouant le rôle de personne interposée, résignait lui-même en faveur du fils du premier résignant.

Aussi Clément VII, en 1530 [3], et le Concile de Trente un peu plus tard dans sa session XXV (1563) reviennent-ils sur cette législation pour l'aggraver, au moins en ce qui concerne les enfants naturels. Tous les enfants des clercs, quels qu'ils soient, légitimes ou illégitimes, restent exclus du bénéfice paternel, comme le rappelle le c. 15 de la même session, mais le c. 25 contient au sujet des illégitimes des prescriptions bien plus sévères. La succession même médiate est absolument interdite aussi bien pour les bénéfices que pour les revenus ou pensions pris sur ces mêmes bénéfices. Tout détour pour échapper à cette règle est prévu et interdit : en premier lieu la *resignatio in favorem* à une personne interposée. Le bâtard ne peut même, après la mort de son père, obtenir dans l'église à laquelle était attaché celui-ci, un bénéfice quelconque autre que le bénéfice paternel.

Toute dispense obtenue à ce sujet, à moins qu'elle ne fasse soigneusement mention des circonstances particulières, qui rendent l'obtention du bénéfice plus difficile et de la règle du concile qu'il s'agit de transgresser, est réputée subreptice, c'est à dire obtenue au moyen de la dissimulation de cette

1. c. 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 13, ibid.
2. c. 7, ibid.
3. *Bull. Rom.*, IV, I, p. 92.

circonstance particulière et par conséquent nulle; et le concile donne trois mois à ceux qui, lors de la promulgation de son décret de réforme, se trouveraient en contravention avec cette loi, pour résigner leur bénéfice : sinon ils en seront dépouillés *ipso jure*.

Telle est la législation du concile de Trente : mais nous savons que ses canons ne furent jamais reçus en France que pour le dogme. Quant aux décrets touchant la discipline ils ne peuvent avoir force de loi que s'ils ont été adoptés « par une ordonnance de nos rois ou par un usage qui n'a rien de contraire aux maximes et aux Libertés de l'Église Gallicane » [1]. C'est ce qui arrivait pour nos réglements; ils étaient conformes aux lois françaises et aux usages de l'église gallicane. La Pragmatique sanction de Bourges contient un *Decretum de concubinariis* [2] qui défend aux clercs de garder près d'eux leurs enfants naturels, et le titre 8 du concordat de François Ier renouvelle cette défense [3]. Les conciles provinciaux de Rouen et de Bordeaux se conformèrent à la législation du concile [4].

Il faut d'ailleurs remarquer que, si, en tant qu'elles émanaient du concile de Trente, ces règles n'étaient pas obligatoires en France, elles l'étaient en tant que promulguées antérieurement par le pape Clément VII dans la bulle *ad canonum conditorem*.

1. Durand de Maillane, *Dict.* v° *Trente*, II, p. 822, c. 2.
2. Isambert, IX, p. 43 in fine, « qui etiam ex tali concubinatu procreatos filios apud patres suos cohabitare non permittant ».
3. Isambert, XII, p. 91.
4. Durand de Maillane, v° *Bâtard*.

CHAPITRE II

LES MODES DE LÉGITIMATION AD SACRA

§ 1. — *La prescription.*

La triple prohibition qui frappe les illégitimes n'est pas un obstacle insurmontable à leur carrière ecclésiastique. Tout absolues que soient les règles canoniques et quelque rigueur qu'affectent dans les termes les textes généraux qui les édictent, il a toujours existé des moyens de les lever et de les tourner [1].

1. Nous ne parlons pas de la violation pure et simple des règles canoniques et pourtant il est aisé de multiplier les documents qui montrent combien la prohibition fut mal observée. Le pape écrit à un évêque pour lui enjoindre d'ôter leurs bénéfices (Inn. IV, episcopo Spirensi, n° 790 13 déc. 1244) ou tout au moins les personats et les dignités (Greg. IX, n° 800, 25 juin 1232) aux fils de prêtres et autres illégitimes. Il s'indigne de ce que les fils de prêtres succèdent à leurs pères : Lucius III au monastère de Blanche Lande le 28 mars 1182.. *ad audientiam apostolatus nostri quorumdam relatione pervenit, quod, cum de prava consuetudine patriæ sint pene omnes presbyteri uxorati et filios habeant, hi, qui vestris ecclesiis serviunt, si filios ecclesias, in quibus patres ministrant, post eos quasi jure hereditario non permittitis possidere, cum archidiaconis vel aliis personis secularibus colludium ineunt aut per laïcalem potentiam eas obtinere contendunt* (Löwenfeld, *Epistolæ pontificum romanorum ineditæ*, n° 135, p. 124). Dans le même sens Innocent III *episcopo Wintoniensi*, VIII, 147 (Migne, CCXV, c. 725), Grégoire IX *episcopo Silvanectensi* (25 févr. 1233, n° 1131). Honorius III écrit en 1216 à l'évêque de Prague *si multitudo est in causa et hujusmodi non possint sine scandalo removeri eos in beneficiis sic susceptis poterit connniventibus oculis tollerare.* (Onorio III, I. Regesti 29 oct. 1216, n° 64, p. 19),

Ces moyens sont au nombre de trois principaux : la dispense épiscopale ou papale, la profession religieuse, la légitimation véritable par mariage subséquent ou par rescrit du pape. Ce dernier moyen, qui a une portée beaucoup plus considérable, sera étudié dans une seconde partie. Nous nous occuperons donc maintenant de la dispense d'abord, puis de la profession religieuse.

Mais il faut dire un mot d'un autre mode, qu'on s'attendrait presque à voir figurer dans notre énumération, la prescription, quand on sait quelle extension elle a prise dans le droit canonique et à quelles étranges choses elle s'appliquait. Néanmoins elle ne fut jamais admise pour effacer l'*irregularitas ex defectu natalium*. Il n'est cependant pas impossible de trouver dans les textes quelques traces de cette idée. Le c. 9 X, *De filiis presbyt.* nous apprend que, sur sa demande, l'archevêque d'York avait été autorisé à laisser les bénéfices et fonctions de leurs pères aux enfants naturels qui étaient reconnus comme recommandables par leurs vertus *vel quos longo tempore illas* (*ecclesias paternas*)

et encore dans ce même diocèse il constate l'usage général du mariage des prêtres : *cum in Boemia usque ad generale concilium consuetudo fuit ab antiquo ut tam clericis in sacris ordinibus constituti quam etiam sacerdotes de facto contraherent et sic contracto contubernio uterentur* (Id. n° 94, p. 26). Malgré les ordres pontificaux beaucoup d'enfants illégitimes sont élus évêques et consacrés par l'archevêque d'Upsal en Suède (Innocent III, I, 444. Migne, CCXIV, p. 420). Souvent le pape écrit à un évêque pour lui ordonner de retirer leurs bénéfices aux fils de prêtres et autres illégitimes (Inn. IV, 790 *episcopo Spirensi*. Greg. IX, 800 *archep. Turonensi*). Enfin fréquemment le pape donne à l'évêque le droit de dispenser un grand nombre d'enfants illégitimes pour leur permettre de conserver régulièrement les ordres et bénéfices qu'ils ont irrégulièrement reçus. Greg. IX, 2068 : *episcopo Lucensi committit ut, cum clerici ipsius civitatis et diœcesis qui defectum in natalibus patiebantur, numerum quingentorum excederent et difficile erat eos omnes ad præsentiam papæ laborare, cum eis, exceptis qui erant de adulterio vel incestu seu in sacerdotio procreati, valeat dispensare sicut viderit expedire*. Id. 829 : *episcopo Bracharensi qui... super promotione illegitimorum inquisita veritate, inveneral in sola diœcesi Bracharensi mille septingentos quadraginta sex illegitimos, quorum quidam sacerdotes quidam diaconi........* Voir des facilités de dispenses soit sans limite soit pour un chiffre limité accordées à des évêques : Innocent IV, 260, 754, 1776. Nicolas IV, 2378.

tenuisse constaret. N'y a-t-il pas là une notion, assez vague d'ailleurs et imprécise, de prescription? Les canonistes, qui traditionnellement traitent la question sur ce c. 9, la résolvent par la négative.

Néanmoins il est certain qu'à leurs yeux il n'est pas en pratique indifférent de savoir, si l'on se trouve ou non en présence d'une situation depuis longtemps acquise. Voici ce que dit en substance Innocent IV : on ne doit pas dispenser un fils naturel pour cette seule raison qu'il a longtemps occupé un bénéfice, s'il est *malæ vitæ* [1]. La longue possession jointe aux bonnes mœurs est donc une raison de dispenser, sans pour cela conférer au possesseur un droit absolu. Panormitanus, qui s'explique aussi sur cette question, exprime plus clairement cette même idée : le simple effet du temps ne peut faire acquérir un droit à une dispense, mais ce peut être un motif appréciable de dispenser [2].

§ 2. — *Dispense.*

Dispensatio est juris communis relaxatio facta cum causæ cognitione ab eo qui jus habet dispensandi [3]. Telle est la définition que donne de la dispense la glose ordinaire du Décret; elle était généralement adoptée par les canonistes. On en a donné une plus claire : l'acte par lequel une personne déterminée était soustraite dans un cas donné à l'application de la loi, sans que celle-ci perdît sa force et sa vertu générale [4].

A qui revenait ce pouvoir de suspendre pour un cas particulier l'application de la loi? L'autorité qui en fut investie, changea dans le cours des siècles. Ce fut d'abord l'évêque, puis vers les XIe et XIIe s. le pouvoir de dispenser se concentra entre les mains du pape.

1. Innocentius IV, *Apparatus*, sur le c. 9.
2. Panormitanus, *Commentaria*, in eod.
3. Glose sur le *Dictum* 4 C. I. Qu. 7. au *Décret de Gratien.*
4. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, 316 sqq.

Cette évolution du pouvoir de dispense s'explique par les modifications de la notion même de la loi, dont il s'agissait de dispenser. Ce qui fut plus tard le droit canonique avec ses juridictions compliquées à plusieurs échelons, ses codes et ses juristes, n'était d'abord qu'une autorité disciplinaire exercée par l'évêque. On conçoit que ce chef dans l'application des peines disciplinaires ait fait parfois preuve d'une indulgence allant jusqu'à ne pas punir des personnes manifestement coupables. Par conséquent, dans un tel état de droit les évêques devaient posséder et ont possédé en effet, le plus large pouvoir de dispense. Mais quand le droit de l'Église perdit ce caractère, devint un droit semblable aux droits laïques avec ses lois écrites et ses tribunaux, on ne pouvait laisser aux évêques un droit aussi étendu. La dispense devait disparaître ou changer de nature. Dès qu'il y eut des lois véritables, un véritable pouvoir législatif exercé par le pape, il fut naturel que seul celui qui avait le droit de faire les lois, eût le droit corrélatif d'en dispenser. De là la concentration du pouvoir de dispense entre les mains du pape. Déjà à la fin du XII[e] s. la papauté proclamait que, grâce à son pouvoir de dispense, elle pouvait se mettre au-dessus des lois.

Ce mouvement devait être accentué par la grande réforme de l'Église aux XI[e] et XII[e] siècles ; c'est à cette époque en effet que la papauté met ou remet en vigueur quantité de règles oubliées ou nouvelles; des dispenses deviennent par suite nécessaires. Comme le mouvement de réforme partait du Saint-Siège, celui-là seul se sentait à l'abri des poursuites, qui s'était procuré une dispense du Saint-Siège. Ainsi les dispenses se multiplient et le droit de dispense se concentre aux mains du pape.

Le pouvoir des évêques, établi sur une tradition plusieurs fois séculaire, ne pouvait cependant disparaître aussitôt complètement; Bernard de Parme constate encore qu'en fait les évêques dispensent souvent des conciles généraux et la plupart des canonistes sont d'avis que, de droit commun, le droit

de dispenser leur appartient encore en l'absence d'un texte restrictif. C'est l'opinion exprimée par la glose du Décret [1], c'est celle des plus grands canonistes, de Panormitanus [2], de J. Andreæ [3]. Rebuffe [4], Gibert et Cabassut enseignent en France cette doctrine. « C'est la maxime du Royaume, dit Durand de Maillane [5], que, dans les cas où l'Église n'a point ordonné de réserve, les évêques peuvent exercer, en ce qui concerne le gouvernement particulier de leurs diocèses, la juridiction du Pasteur dans toute l'étendue que Jésus-Christ leur a confiée. » On comprend l'importance de cette discussion. Dans les cas nombreux où la loi est muette, il s'agit de savoir à qui, de l'évêque ou du pape, ce silence est favorable. Nous retrouverons cette question sur des cas particuliers.

Le pouvoir de dispense du pape est presque absolu, puisqu'il peut dispenser de tout ce qui est de droit positif, bien qu'établi par un concile général, et même de ce qui est de droit naturel, pourvu qu'il n'aille pas contre l'évangile et contre le dogme. Ce pouvoir est basé sur les paroles mêmes de Jésus-Christ à l'apôtre : *quodcumque ligaveris super terram erit ligatum et in cœlis*, etc.

Aux trois prohibitions qui frappent les enfants illégitimes correspondent trois dispenses : pour permettre l'entrée dans les ordres, pour obtenir un bénéfice, pour occuper la fonction et le bénéfice paternel.

Nous étudierons en même temps la dispense pour les ordres et la dispense pour les bénéfices, car elles sont intimement liées entre elles; les auteurs, comme les textes qu'ils ont commentés, les rapprochent continuellement, de sorte que les séparer nous exposerait à de fréquentes répétitions.

1. Glose sur le *dictum* 4. C. 1. Qu. 7. *Décret de Gratien*.

2. in c. 5, X, V, XXXVII. n. 5.

3. in c. *licet*. I VI, in 6°.

4. Rebuffe l. c. 31 et 32. « Ignari episcopi, nescientes quam pulchra jus canonicum eis tribuisset privilegia, paulatim ex consuetudine et stylo curiæ romanæ derogari illis passi sunt ».

5. Dict. v° *Dispense*, I, 537, c. 2.

Il suffira de les avoir nettement distinguées dans notre première partie en nous occupant des prohibitions. Nous avons dit en effet, que les ordinations sans titre, quelque fréquentes qu'elles puissent être d'ailleurs, n'étaient pas la règle, que par conséquent dispense pour l'ordination et dispense pour le bénéfice allaient ordinairement ensemble. C'est une raison de plus de les réunir, en faisant bien remarquer cependant qu'en principe elles sont distinctes.

1° *Dispense pour les ordres et les bénéfices.*

La dispense est trop dans les habitudes du droit canonique pour n'être pas apparue en même temps que nos prohibitions. Ce que l'on peut rechercher, c'est donc, non pas si le droit de dispense existait à une époque donnée, mais si en fait il était exercé, c'est-à-dire à partir de quel moment on a cessé de violer purement et simplement des règles nouvelles et mal connues, pour dispenser régulièrement de leur application.

Nous avons montré plus haut comment la règle avait été longtemps violée, ce qui rendait les dispenses inutiles. Mais entre la violation de la loi et la pratique de la dispense telle que l'exposent les canonistes, il y a comme un stade intermédiaire.

On a déjà remarqué la singulière conception de l'irrégularité, que les commentateurs ont tirée du Décret de Gratien : sont seuls exclus du clergé les bâtards qui sont *imitatores paternæ incontinentiæ* [1] : les autres ont un droit à l'accès des ordres et des bénéfices. Dans cette conception on ne voit guère de place pour la dispense; à moins qu'on ne l'applique

1. « Videtur ergo Gratianus supponere quod filii illegitimi a sacris altaris ministeriis non sunt excludendi, si paternæ incontinentiæ imitatores non fuerint; et consequenter quod solus natalium defectus neminem a sacris altaris ministeriis excludit aut irregularem facit ». Van Espen. *Jus eccles. univers.* P. II. T. X, ch. III, § 2.

aux bâtards qui ne sont pas de par leurs vertus dignes d'entrer dans les ordres. Cela semble étrange et c'est cependant ainsi que Rufin comprend la doctrine du maître. Étienne de Tournai la complique un peu; nous avons vu qu'il fait une sous-distinction entre les *non imitatores paternæ incontinentiæ;* c'est seulement à ceux qui possèdent une vertu supérieure, qu'il donne le droit d'entrer dans les ordres, les autres, qui n'ont que des mérites ordinaires, n'y entrent que *necessitate postulante*, c'est-à-dire en vertu d'une dispense.

Cette doctrine aboutit, on l'a vu, à la méconnaissance des règles du droit canonique. L'évêque ne se livrera pas à un examen spécial de l'illégitime, pour savoir s'il est digne de recevoir les ordres. Il n'y aura, pour lui comme pour les autres, que l'examen ordinaire portant sur la vie et les mœurs de tout ordinand, de sorte que légitimes et illégitimes sont exactement traités de même. Il est donc intéressant de savoir quelle a été l'extension de cette théorie, jusqu'à quelle époque nous en trouvons des traces.

Une décrétale d'Alexandre III (1159-1181) la condamne formellement [1]. L'évêque de Durham, dans une consultation demandée à Alexandre III, lui avait posé cette question « utrum filii sacerdotum, *si idonei inventi fuerint*, ad sacros ordines possint promoveri vel eis animarum cura committi. » Le pape, louant fort le scrupule de cet évêque, répond négativement. Rien ne peut prouver plus directement et que le pape condamne la doctrine des Décrétistes et que cette doctrine était à la fin du XII[e] siècle largement répandue.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'Alexandre III ne condamne pas complètement la théorie en question; il ne la repousse qu'en ce qui concerne la prêtrise, le diaconat et les *beneficia curam animarum habentia*. C'est que, nous le verrons, ses préoccupations n'étaient pas purement théoriques; c'était moins au système qu'à ses conséquences qu'il en voulait.

1. *Compilatio prima*, c. 5.

Mais au commencement du XIIIe siècle Innocent III [1] semble encore s'inspirer, dans deux décrétales, de cette théorie qu'Alexandre III avait formellement condamnée.

La première fournit une explication typique de la phrase du Décalogue : *Ego sum Deus zelotes visitans peccata patrum in filios usque in tertiam et quartam generationem in his qui oderunt me* [2]*; id est*, ajoute le texte, *in illis qui contra me paternum odium imitantur*. Et le pape conclut qu'il ne faut pas admettre un évêque à se désister de ses fonctions pour cette seule raison qu'il est fils illégitime; c'est là visiblement l'expression d'un système analogue à celui des commentateurs du Décret.

Dans le c. 20 *De electione* [3] le pape remet en question le principe même de l'irrégularité et, pesant le pour et le contre, ne s'arrête comme texte décisif qu'au canon du troisième concile de Latran, qui interdit sous certaines peines l'élection des bâtards aux fonctions épiscopales. Il ne tranche pas la question pour les ordres. Mais il distingue nettement deux classes de textes : ceux qui présentent la prohibition comme absolue et ceux qui admettent de plein droit les enfants naturels méritants [4]. Et il termine sa discussion par la même explication de la même phrase célèbre, que nous avons vue dans le texte précédent.

Ainsi le pape lui-même ne semble pas fort éloigné d'admettre la théorie indulgente tirée du Décret, bien que, comme nous le verrons, elle soit manifestement contraire aux prérogatives du Saint-Siège.

Mais ce sont là les dernières traces que nous ayons pu relever de cette théorie, bien qu'Innocent IV [5] en fasse

1. 1198-1216.

2. c. 10, X, I, IX. *De renunciatione.*

3. *Pars decisa* c. 20, X, I, VI.

4. (Canones) quosdam invenimus qui non legitime genitos promoveri vetant ad officium pastorale... alios qui undecumque genitos non prohibent ad sacros ordines promoveri, dummodo sibi vitæ merita suffragentur. »

5. Sur le c. 1, X, I, XVII.

encore incidemment mention pour la condamner. Les Décrétales de Grégoire IX ne tranchent pas la question, mais leurs premiers commentateurs adoptent définitivement la théorie de l'*irregularitas* absolue et de la *dispensatio*, ils condamnent même la *dispensatio* tacite de l'évêque, dernière forme sous laquelle aurait pu se perpétuer l'ancien système.

Mais si la théorie de la dispense a prévalu, deux autorités ecclésiastiques pouvaient prétendre au droit de l'accorder, le pape et l'évêque.

Mettons d'abord à part un point, sur lequel le droit n'a jamais varié, l'accès des bâtards à la dignité épiscopale. Ici, dès le moment — difficile à déterminer en général, assez reculé et assez proche des premières prohibitions sur ce point — où la violation pure et simple de la loi fit place à son acceptation tempérée par le pouvoir de dispense, on s'adressa au pape [1] pour obtenir la permission de consacrer un bâtard. De quel droit en effet le collateur ordinaire des ordres et des bénéfices eût-il dispensé un prêtre pour lui permettre d'acquérir un grade égal au sien propre ; l'archevêque, il est vrai, eût pu posséder ce pouvoir ; mais les prérogatives de l'archevêque sont mal distinctes de celles de l'évêque ; les luttes sont continuelles entre ces deux dignitaires presque égaux, dont l'un n'avait sur l'autre qu'une prééminence presque purement nominale. Une seule autorité pouvait donc disposer du pouvoir effectif et de l'ascendant moral suffisant, pour dire à l'élu d'une ville : vous êtes ou vous n'êtes pas digne de remplir les fonctions épiscopales [2]. Rappelons l'élection d'Arnaldus au siège du Mans sous le pontificat d'Alexandre II. Son métropolitain, l'archevêque de Tours, ne se croit pas le pouvoir, soit de déclarer

1. Le concile de Clermont aurait déjà, suivant un manuscrit, réservé au pape la dispense pour l'épiscopat. Viollet *Hist. des institutions politiques de la France* II, 326 n. 2.

2. D'une façon générale au XIe siècle « l'intervention du pape dans les élections irrégulières est un fait reconnu ». Imbart de la Tour. *Élections épiscopales*, p. 307.

l'élection nulle, soit de passer outre à la consécration ; il en réfère au pape; et le pape accorde une dispense.

Le pouvoir de dispense appartient donc dès le début sans contestation au Saint-Siège [1]. C'était une affaire trop importante qu'une élection épiscopale et une telle situation était trop enviée, pour que l'élection d'un indigne passât inaperçue. Il se trouvait toujours dans le chapitre (qui en fait, on le voit dans la correspondance d'Yves de Chartres, était en possession exclusive du droit d'élection dès la fin du XI[e] s.) une minorité pour faire valoir devant l'archevêque chargé de la consécration ce défaut de naissance visé par les canons et au besoin pour en appeler au souverain pontife. La majorité qui avait fait l'élection, était alors obligée, si elle n'avait pris les devants, de demander au pape de déclarer son candidat digne des hautes fonctions dont on voulait l'investir.

Tel est du moins le schéma des contestations soulevées à propos d'élections épiscopales jusqu'au concile de Latran de 1179. Ce concile, réuni par Alexandre III pour remédier aux abus qui s'étaient introduits ou fortifiés pendant que l'église s'épuisait dans sa lutte contre l'Empire, et était en même temps déchirée par le schisme, voulut prendre de sérieuses précautions, pour empêcher le choix des électeurs de se porter sur un indigne. Jusqu'alors une telle élection risquait seulement d'être cassée et le pis qui pouvait arriver, était qu'une élection nouvelle fût nécessaire. Aucune autre sanction n'existait. Le concile voulut rendre les chanoines plus circonspects, en menaçant d'une peine sévère ceux qui porteraient leur choix sur un inéligible. Cette peine était la perte du droit d'élection et la privation des bénéfices ecclésiastiques des délinquants pendant trois ans. Il n'y avait donc plus moyen pour les chapitres d'élire un irré-

1. Ce n'est pas à dire qu'il n'y eut plus d'exceptions, de violations de la loi, l'exemple de Guillaume, archevêque de Rouen, sous Grégoire VII est là pour prouver le contraire; mais la règle est néanmoins assez solidement établie.

gulier, en espérant obtenir du pape la dispense nécessaire pour procéder à la consécration. La prohibition devenait donc absolue, la dispense presque impossible, si l'on n'eût trouvé un autre moyen d'arriver au même résultat : ce fut la *postulatio*.

Le clergé qui désirait se donner pour évêque un illégitime, devait, non pas l'élire, mais demander au pape de le nommer. Ce droit nouveau est fondé sur le c. 20 X *De electione*, qui est une décrétale d'Innocent III de 1200.

Le chapitre de Worcester, dont le siège épiscopal se trouvait vacant, avait élu un archidiacre de l'église d'York alors absent. On attendit son retour pour procéder à la consécration et l'on apprit par son propre aveu, qu'il était fils illégitime et qu'il se ferait scrupule d'accéder, sans le consentement du Saint-Siège, à la dignité épiscopale.

L'archevêque de Canterbury ne voulut pas dans ces conditions procéder à la consécration et porta l'affaire à Rome. Le candidat était fort recommandable par ses vertus et par sa science; sa naissance elle-même, bien qu'illégitime, était des plus honorables : il était fils d'un chevalier et d'une femme que celui-ci avait connue vierge. Innocent III était bien disposé dans ces circonstances à accorder la dispense; mais les ordres du dernier concile de Latran étaient formels, l'élection était nulle et, si l'indulgence du pape put aller jusqu'à dispenser des peines du concile les membres du collège électoral en raison de leur bonne foi, il n'osa pas, bien que les décrets rendus par Alexandre III au concile précédent n'aient pu, il a soin de l'affirmer, lui enlever son droit de dispense, déclarer l'élection valable. Mais un détour était possible ; si le chapitre, au lieu de faire une élection ordinaire, avait simplement à la majorité des voix demandé au pape d'accorder une dispense à l'archidiacre d'York et de le lui donner comme évêque, les chanoines auraient évité les peines du concile. C'est ce qu'on appelle la *postulatio*, qui ne diffère de l'élection que par le nom; qu'on en juge par la définition qu'en donne l'Institution au droit canonique de Fleury : « L'élec-

tion se nomme postulation, si celui que choisissent les chanoines, ne peut être fait évêque sans quelque dispense [1] ».

La *postulatio* n'était pas un moyen nouveau, un procédé jusqu'alors inconnu du droit canonique, le texte que nous commentons l'indique; le pape dit que les chanoines auraient dû procéder *non per electionem inhibitam, sed per postulationem permissam*. Mais c'est la première application que nous connaissions en notre matière et ce texte restera celui sur lequel les canonistes baseront le droit de postulation et en exposeront la théorie.

En somme c'était un moyen détourné d'en revenir à un régime plus doux que celui du concile de Latran, dont la sévérité ne pouvait être maintenue, car elle tendait à supprimer le droit de dispense. Ce droit resta en vigueur tant que les élections épiscopales furent elles-mêmes en usage. Nous voyons donc que, soit par un procédé, soit par un autre, le Saint-Siège resta en possession et en possession exclusive du pouvoir de dispenser les enfants illégitimes, pour leur permettre d'arriver à l'épiscopat. Cela n'empêche pas d'ailleurs que par délégation du Saint-Siège un légat ou un archevêque ne puisse se trouver investi du pouvoir de dispenser. Nous en avons des exemples [2].

L'histoire de la dispense pour les ordres et de la dispense pour les bénéfices est un peu plus compliquée. Les deux dispenses n'apparurent pas en même temps, parce que les prohibitions qu'elles avaient pour but de lever, ne sont pas de la même époque. Pendant longtemps, nous l'avons vu, l'évêque, par cela même qu'il conférait l'ordre à un bâtard, lui conférait en même temps un bénéfice, sans lequel celui-ci ne pouvait vivre. S'il y a dans ce cas dispense, c'est une dispense forcée, entraînée irrésistiblement par la première et principale dispense relative aux ordres.

C'est au moment où la papauté fit pour la première fois

1. Fleury, *Institution du droit canonique*, 1re partie, ch. x.

2. Délégation donnée à Albert, archevêque de Prusse. Potthast. *Regesta*, 12437-12534.

une classification entre les bénéfices, c'est-à-dire sous le pontificat d'Alexandre III [1], que naquit l'idée d'une prohibition et d'une dispense distincte pour les bénéfices. Il y avait une classe de bénéfices supérieurs retirés désormais à la libre disposition de l'évêque : il fallait, pour les obtenir, une dispense papale ; l'analogie amena sans doute à dire pour les autres, qu'il fallait une dispense épiscopale. Ce ne sont là que des hypothèses ; mais il est au moins certain que la prohibition des bénéfices ne fut qu'une conséquence de la prohibition des ordres et que les premiers textes ne s'en occupent pas.

Partant du sens général de l'évolution du droit de dispense dans l'Église, on serait tenté, avant d'examiner les textes, d'affirmer que ce droit appartint à l'évêque tant que des textes restrictifs ne vinrent pas le lui enlever totalement ou en partie. Ce serait là, au moins en droit pur, une erreur absolue. Contrairement à l'évolution générale, nous marchons ici d'une réserve absolue du pouvoir de dispense au pape au partage de ce pouvoir entre le pape et les évêques, partage qui fut définitivement sanctionné par Boniface VIII au *Liber Sextus*.

En réalité, le partage d'attributions n'est pas venu d'une pure condescendance de la papauté, ce qui serait incompréhensible, mais bien d'un accord après une longue lutte entre des prétentions incompatibles.

C'est ce que semble démontrer la persistance de la conception des décrétistes, persistance qui nous a été révélée par les textes et par les nombreux rappels que la papauté a dû faire à diverses reprises des prohibitions édictées par les conciles ; ce sont là autant de constatations par le Saint-Siège de son impuissance à faire respecter ses lois et ses prérogatives. C'est la lettre de Pascal II à Yves de Chartres en 1102 [2] c'est le c. 9 X à notre titre, qui constate un si triste

1. *Compilatio prima*, c. 5, *De filiis presbyterorum*, cf. supra, p. 36.
2. Cf. supra p. 20.

état de choses dans la province d'York, c'est une lettre de Pascal II à Anselme, archevêque de Canterbury dont nous allons parler, le c. 16 d'Innocent III, le c. 18 de Grégoire IX lui-même à propos de la province de Tours.

On ne peut de cet ensemble de documents conclure que les évêques jouissaient d'un pouvoir régulier de dispense, mais il en ressort avec évidence qu'en fait ils distribuaient sans entrave les bénéfices et les ordres aux enfants illégitimes et aux fils de prêtres, au point même dans certains cas de laisser s'établir dans les territoires confiés à leur administration l'hérédité des bénéfices ecclésiastiques. Et il nous semble qu'il y a un rapport étroit entre cet état de choses et la persistance de la théorie des décrétistes, non pas que cette théorie ait été cause de la facilité avec laquelle les bâtards sont reçus dans l'Église, une théorie n'a pas ce pouvoir, mais parce que sans doute elle fut inventée pour légitimer ces abus. C'est pourquoi cette théorie a été définitivement condamnée par le Saint-Siège.

Qu'y a-t-il à faire en effet d'après cette théorie quand un bâtard se présente à l'évêque pour recevoir les ordres et un bénéfice? chercher s'il est ou non *imitator paternæ incontinentiæ;* s'il ne l'est pas, rien ne s'oppose à son admission. Or un tel examen revient naturellement à l'évêque, qui, pour tout ordinand a le devoir de rechercher si aucune irrégularité ne le frappe; s'il rencontre une irrégularité, il refuse l'ordination ou le bénéfice, jusqu'à ce que qui de droit ait conféré la dispense nécessaire, mais s'il trouve que l'ordinand n'est pas *irregularis*, et c'est le cas pour le bâtard *non imitator paternæ incontinentiæ*, rien ne l'empêche de passer outre à l'ordination ou à la collation du bénéfice. Ce serait un abus de langage de dire ici que l'évêque dispense — et en effet avant les commentateurs des Décrétales de Grégoire IX, nous n'entendons pas parler de dispense épiscopale — mais il a la libre disposition des ordres et des bénéfices.

Si nous nous reportons au Décret, nous pouvons remar-

quer que les trois exemples concrets qui y sont rapportés, ne nous montrent le pape dispensant les bâtards qu'en matière d'élections épiscopales. Sans doute on ne s'adressait guère au pape pour obtenir une dispense afin de s'engager dans les ordres sacrés.

Nous pouvons voir dans les Décrétales mêmes des évêques exercer ce droit de disposition des ordres au profit des bâtards, ce que montre le c. 5 à notre titre. Il est vrai qu'il s'agit ici d'un cas particulier, de l'*ecclesia paterna immediate tenenda*, nous reviendrons sur ce point, mais il n'en reste pas moins que l'évêque a, de sa propre autorité, accordé un bénéfice à un bâtard.

Le pape semble même reconnaître et consacrer ce droit de l'évêque. Si tu as su, dit-il, que le candidat qui se présentait pour ledit bénéfice, était fils du précédent titulaire, tu dois lui laisser le bénéfice, que tu lui as conféré en connaissance de cause. Ce texte a beaucoup embarrassé les commentateurs : une des explications les plus satisfaisantes qu'on en puisse donner, est de le présenter comme une décision particulière destinée à punir un évêque en l'obligeant à subir les conséquences de ses propres fautes, de ses propres manquements aux lois de l'Église. Quoiqu'il en soit, nous retenons ce texte comme une preuve des pouvoirs de fait de l'évêque en matière de collation d'ordres et de bénéfices. La circonstance particulière qu'il s'agit ici de l'*ecclesia paterna* nous force à rejeter plus loin la discussion des interprétations à donner de notre décrétale.

Mais malgré cette situation de fait toute favorable à l'évêque, des textes nombreux affirment le droit absolu et exclusif du pape.

Le premier en date de ces textes, le plus net aussi d'ailleurs, est une lettre que Pascal II écrivit en 1107 au célèbre Anselme, archevêque de Canterbury. Nous en citons les premières lignes, parce qu'elles sont typiques et parce qu'elles énoncent un fait sur lequel nous avons déjà à plusieurs reprises insisté, la détestable situation morale du clergé anglais à notre point de vue :

De presbyterorum filiis quid in Romana ecclesia constitutum sit, fraternitatem tuam nescire non credimus. Cæterum quia in Anglorum regno tanta hujusmodi plenitudo est, ut major pene et melior clericorum pars in hac specie censeatur : nos dispensationem hanc sollicitudini tuæ committimus. Eos enim quos scientia et vita commendat, apud vos ad sacra officia promoveri pro necessitate temporis et utilitate ecclesiæ concedimus [1].

Ainsi l'archevêque n'a le droit de dispense que par concession du pape, par délégation du pouvoir papal. La date reculée de cette décrétale (douze ans seulement après le concile de Clermont) autorise à dire, que jamais en droit les évêques n'ont eu le pouvoir de dispenser de notre irrégularité. Dès le début ce pouvoir est réclamé par le Saint-Siège, qui ne le confiera par voie de délégation aux évêques ou archevêques que lorsqu'il le jugera utile. Ces prétentions exclusives s'expliquent tout naturellement, si l'on veut bien se rappeler la pénétrante remarque d'Hinschius à propos de l'évolution générale du droit de dispense : quand la réforme du clergé vient de la papauté, c'est de la papauté qu'il faut obtenir une dispense, pour être à l'abri de toute poursuite; et c'est la papauté, qui seule entend accorder des dispenses valables, parce qu'elle se méfie et à bon droit du zèle réformateur des évêques.

Le second de nos textes nous reporte sous le pontificat d'Alexandre III, entre 1159 et 1181, sans qu'il soit possible de préciser davantage. C'est le c. 5 de la *Compilatio prima*, dont nous avons déjà parlé à propos de la persistance de la théorie des décrétistes. Le pape n'affirme la nécessité d'une dispense formelle que pour les ordres majeurs et les bénéfices à charge d'âme. Et s'il fait deux parts des ordres et des bénéfices, déclarant l'une absolument fermée aux enfants illégitimes, déclarant par conséquent implicitement que

1. Jaffé, *Regesta Pontificum*, n° 6152. 3 Kal. Juin. Migne CLXIII, 219. Mansi, XX, 1063.

l'autre leur est ouverte, cela signifie que cette dernière classe reste à la disposition de l'évêque, mais que pour les autres il faut quelque chose de plus. Ce quelque chose ne peut être une dispense en forme de l'évêque ; rien n'indique qu'il faille ainsi restreindre la portée du texte ; ce ne peut être qu'une dispense papale. Il y a donc là de la part du Saint-Siège un essai de partage des pouvoirs de dispense. Ne se sentant pas assez fort pour maintenir l'intégrité de ses prérogatives, le pape a sans doute concédé aux évêques une partie de ses pouvoirs pour sauver le reste.

Ce texte est corroboré d'ailleurs par une autre décrétale du même pape [1], dans laquelle il loue grandement un évêque d'avoir refusé une *cura animarum* à un bâtard. Comment en effet pourrait-il à la fois lui dire et qu'il a bien fait de la refuser et que cependant un clerc ne doit pas rester sans bénéfice, si l'évêque avait pu puiser dans son droit de dispense le pouvoir d'accorder le bénéfice en question?

Ce partage des pouvoirs qu'Alexandre III tente déjà d'opérer dans la seconde moitié du XIIe siècle, était la solution qui devait en définitive triompher : le *Liber Sextus* la consacrera à la fin du siècle suivant. Mais elle ne triompha que lentement. Les discussions des premiers commentateurs des Décrétales de Grégoire IX sont la preuve que, même dans la seconde moitié du XIIIe siècle, il n'y avait rien de législativement établi, et le fait que la décrétale d'Alexandre III, qui nous occupe, a été laissée de côté par Raymond de Pennafort, nous montre que Grégoire IX n'entendait pas sanctionner, au moins en ce qui concerne les ordres, ce partage de pouvoirs [2]. Pour ce qui est des bénéfices au contraire le par-

1. c. 6, X, h. t.

2. Il y a même aux Décrétales de Grégoire IX un texte qui semble réserver au pape toutes les dispenses et qui embarrassait fort les commentateurs partisans des droits de l'évêque. Clément III dans le c. 14 accorde une dispense pour les ordres mineurs. Quelques canonistes soutenaient, contrairement à toute vraisemblance, qu'il s'agit ici des ordres majeurs ; la plupart, suivant la glose (glose sur le c. 18 v° apostolicæ) supposent simplement que le pape accorde la dispense parce que, le cas étant délicat, on s'était adressé

tage admis par lui dans le c. 18 de son recueil cesse dès lors d'être discuté.

Dans ce chapitre le pape reproche à l'archevêque de Tours les désordres de sa province : les dignités, les personats et les bénéfices à charge d'âme y sont conférés aux fils de prêtres et autres illégitimes sans dispense du Saint-Siège [1]. C'est bien faire nettement la part des dispenses réservées au pape et de celles qui restent à la disposition de l'évêque. Tel est le droit définitif, que Raymond de Pennafort déclare droit nouveau [2], ce qui montre que le partage des dispenses n'avait pas été accepté sans discussion depuis qu'il avait fait sa première apparition dans la décrétale d'Alexandre.

Mais du moment qu'apparaît le système de partage des dispenses entre le pape et l'évêque, il va produire des conséquences fort importantes. En effet, tandis qu'autrefois, d'après la théorie des décrétistes, les évêques ordonnaient sans dispense les enfants illégitimes que leurs mauvaises mœurs ne faisaient pas écarter du clergé, ils vont être obligés par le système du partage de reconnaître le caractère absolu des prohibitions, la généralité de l'*irregularitas*, qui frappe tous les bâtards sans aucune considération pour leurs mérites personnels. L'idée de dispense introduite par les papes pour les ordres majeurs et les bénéfices à charge d'âme (d'abord seulement pour ces derniers) sera étendue à l'acte par lequel l'évêque lui-même confère un ordre ou un bénéfice à un illégitime.

Ce n'est là évidemment qu'une hypothèse mais que confirme la disparition graduelle de la théorie décrétiste. Tandis

directement à lui. Il s'agissait de l'enfant conçu et né d'un mariage légitime mais après que son père était devenu prêtre. Le pape répond que l'enfant est illégitime, mais il accorde une dispense. On rencontrera même après les Décrétales de Grégoire IX des exemples de ce genre. Cf. infra, p. 63.

1. « Nimis in tua provincia Ecclesiæ deformatur honestas ex eo quod filii sacerdotum et alii non legitime nati ad dignitates, personatus et alia beneficia curam animarum habentia sine dispensatione sedis apostolicæ promoventur ». c. 18, X, I, XVII.

2. Sancti Raymundi de Pennaforte, *Summa de pœnitentia et matrimonio*.

qu'Alexandre III, dans sa première tentative de partage, la laissait encore subsister pour partie, cette théorie est rejetée et rejetée incidemment comme un système ancien qui n'a plus de défenseurs, par Innocent IV [1], et la doctrine, après lui, n'en parle même plus, n'admettant plus que la notion de dispense soit papale, soit épiscopale.

Grâce à ces commentateurs la période que nous abordons n'est plus aussi obscure que la précédente. De nombreux canonistes, dans leur commentaire sur le c. 18 X principalement, nous renseignent tant sur leur opinion personnelle que sur la jurisprudence alors en vigueur, à défaut de droit établi dans un texte législatif officiel. Cette période est courte puisqu'elle s'étend de 1234, date de l'apparition des décrétales de Grégoire IX, à l'apparition du *Liber Sextus* en 1298; elle est remplie par quatre commentaires principaux des plus connus : celui de Sinibaldus Fliscus qui fut pape sous le nom d'Innocent IV, la glose ordinaire de Bernard de Parme, le commentaire et la *Summa aurea* d'Hostiensis et le *Speculum juris* de Guillaume Durant.

La question du partage des dispenses pour les ordres entre l'autorité épiscopale et le Saint-Siège est toujours discutée. Guillaume Durant, qui écrivait vers la fin de notre période, a soin d'en avertir le lecteur au début de sa dissertation : *utrum autem cum illegitimis valeat episcopus dispensare dubitari consuevit* [2]. Puisqu'il n'y a pas de textes décisifs sur la matière, il faut, en effet, s'en remettre au droit commun. Or quel était le droit commun en matière de dispense? C'était là justement, on l'a vu, une question fort controversée. D'après les uns l'évêque est *dispensator jure communi*, d'après les autres il ne peut dispenser, que là où un texte formel l'y autorise.

Innocent IV [3] rapporte les deux opinions, d'abord celle qui est favorable aux évêques, puis l'opinion contraire, qui

1. Sur le c. 1, X. *De filiis presb.*
2. Guill. Durant, *Speculum juris. De dispens.* § *nunc n° 30 in fine.*
3. Innocentius IV, *Apparatus in V libros decretalium*, sur c. 1, X, I, XVII.

réserve au pape tout droit de dispense. Et dans l'énoncé de cette seconde opinion il se montre absolument intransigeant, car il refuse même à l'évêque le droit de dispenser pour les ordres mineurs, il n'admet aucun partage; seulement, comme le c. 18 de Grégoire IX est formel, il admet que les évêques peuvent concéder des *beneficia sine cura* à ceux que le pape a dispensés pour l'ordination. Si ce n'était là qu'une opinion personnelle, cela ne nous étonnerait point; l'auteur était pape au moment où il écrivait, c'est-à-dire peu après le concile général de Lyon de 1245 [1]; mais le commentaire se termine par ces mots : *et sic de consuetudine obtinere videtur.*

On a peine à croire à l'existence de cette coutume et sans doute Innocent IV a pris son désir pour la réalité. La glose ordinaire de Bernard de Parme ne fait nullement mention d'une jurisprudence de ce genre; bien au contraire elle accorde à l'évêque le droit de dispenser pour les ordres majeurs. En effet, dit Bernard, tout ce qui n'est pas défendu à l'évêque lui est permis; or, aucun texte ne lui enlève le droit de dispenser de l'*irregularitas ex defectu natalium.* Il est vrai que le c. 14 montre Clément III dispensant lui-même pour les ordres mineurs, mais il le fait parce que l'on s'est adressé à lui et rien n'indique qu'il refuse à l'évêque les mêmes pouvoirs [2].

Il n'y a donc encore rien de précis à cette époque, puisque deux écoles intransigeantes accordent la dispense sans partage, soit au pape, soit à l'évêque. Cependant une jurisprudence se formait dans le sens du partage, tel que l'avait conçu déjà Alexandre III, avec cette distinction seulement, que maintenant le sous diaconat est un ordre majeur et comme tel réservé à la dispense du pape. Guillaume Durant connaît cette jurisprudence, et il suffit d'examiner les registres des papes, pour se convaincre de l'exactitude des renseignements qu'il fournit [3].

1. Cf. Schulte, *Geschichte der Quellen*, tome II, p. 93.
2. Glose sur le c. 18, X, h. t. V[is] *Sedis apostolicæ.*
3. *Speculum juris. De dispens.* § *nunc n° 33.* « Curia vero romana tenet quod nullus præter Papam potest dispensare cum illegitimo sæculari quoad curam

Sans doute on rencontre des exemples de dispenses accordées par le pape lui-même pour les ordres mineurs [1]. Mais ces cas sont rares et peuvent s'expliquer comme la classique décrétale de Clément III ; l'exercice du droit de dispense par le pape ne supprime pas le droit concurrent des évêques. Il n'y a pas d'exemples qu'un pape ait interdit aux ordinaires de dispenser pour les ordres mineurs; pas d'exemple non plus de délégation spéciale de ce droit à un évêque [2]. Ces délégations sont au contraire très fréquentes en ce qui concerne la dispense pour les ordres majeurs [3], la dispense appartenant ici au pape seul ; elles ont la plupart du temps pour but de permettre à l'évêque de régulariser après coup des ordinations faites contrairement aux règles canoniques, ce qui montre combien ces règles étaient mal observées [4].

La jurisprudence de la cour de Rome est donc bien établie dans la seconde moitié du XIIIe siècle, mais ce n'est

et quoad ordinem sacrum ». Hostiensis, sur le c. 18, X, h. t. et sur le c. 9 eod. « Curia servat hodie quod non valet dispensatio nisi a papa facta. »

1. Nicolas IV dispense *ad minores ordines et beneficia sine cura*, nos 687, 1481, 1527.

2. Voici cependant peut-être un cas de délégation à l'évêque du pouvoir de dispense pour les ordres mineurs. « Inn. IV episcopo Portugalensi scribit de Aprile Petri scholari, ejusdem episcopi nepote, cupiente militiæ adscribi clericali. Quum enim episcopus papæ supplicaverit ut idem scholaris, licet de soluto et soluta genitus sit, qui se in tertio gradu affinitatis attingunt, ad omnes ordines promoveri et beneficium ecclesiasticum obtinere posset, indulget ei Inn. ut de ea re inquirens cum eodem nepote super prædictis dispenset. » Mais il faut remarquer que l'évêque s'adresse au pape, d'abord parce qu'il s'agit de son propre neveu, qu'il ne veut pas dispenser lui-même, ensuite parce qu'il obtient ainsi du même coup une dispense générale *ad omnes ordines*. (Inn. IV, 12 sept. 1252, no 1972).

3. Voir les exemples rapportés plus haut, p. 43, n. 1. Le pape donne aussi fréquemment ce pouvoir aux légats : Inn. IV. 6735, Nicolas IV. 2198, au patriarche de Jérusalem comme légat du pape : Urbain IV. 250. Nicolas IV. 215. 2058. Seulement le pape se réserve souvent le droit de dispenser dans les cas les plus graves, pour les adultérins, les incestueux, les fils de prêtres. Inn. IV. 1111.

4. Les formules de délégation des pouvoirs de dispense portent fréquemment que le légat pourra maintenir dans les ordres ceux qui les ont reçus (in susceptis ordinibus ministrare) et y admettre les autres. Inn. IV. 1111.

qu'une jurisprudence, il n'y a point de textes législatifs formels et la doctrine peut continuer de discuter.

Les docteurs pour la plupart cherchent par tous les moyens à restituer aux évêques un peu de ce pouvoir, dont ils jouissaient en fait autrefois si largement.

Hostiensis et Durant enseignent en effet tous deux que l'évêque peut dispenser pour les ordres sacrés, quand la nécessité l'y oblige, c'est-à-dire quand le bien de l'Église exige qu'il soit promptement pourvu à une fonction. *Necessitas legem non habet*, dit Hostiensis (sur le c. 18). Ce dernier a de plus une autre conception qui lui est restée propre. Il distingue les *publice infamati*, et les *non publice infamati*, distinction bien subtile et en tous cas bien délicate à faire dans chaque cas particulier. Pour les premiers le pape seul pourrait dispenser, car c'est une prérogative du prince que de remettre l'infamie [1], pour les autres l'évêque jouirait de son droit ordinaire de dispense. Il est facile de voir que ce ne sont là que des détours, pour sauver dans la pratique le droit des évêques, en ne réservant au pape que la décision des cas extraordinaires.

Mais ces efforts étaient vains [2] et la victoire resta à la *curia romana*. Boniface VIII consacra purement et simplement cette jurisprudence dans le c. 1 du *Liber sextus* au titre *de filiis presbyterorum*. Ce texte officiel mit fin aux controverses. Le système du partage, inauguré par Alexandre III plus d'un siècle auparavant, a fini par l'emporter, tel, à peu près, qu'il avait été tout d'abord conçu [3].

1. Hostiensis se base sur la loi 1, § 10 Dig. III, I.

2. Les canonistes le sentaient bien : « Et breviter quidquid dixerimus, quidquid notaverimus, hoc tenet curia... ». Hostiensis, *Lectura* sur le c. 18.

3. L'intérêt qu'a le pape à se réserver la dispense, afin de mieux tenir la main à l'observation de la règle, est certain. Mais il y avait aussi un intérêt pécuniaire. On ne peut se défendre de songer que cet intérêt est en jeu, quand le pape accorde comme une faveur le droit de donner 5, 10, 20 dispenses. (Inn. IV. 902. 1415.) Le texte suivant met bien cet intérêt en lumière : Urbain IV donne à son légat le droit de dispenser vingt illégitimes « dummodo non sint de adulterio vel incestu aut de regularibus procreati nec paternæ incontinen-

Mais si les points fondamentaux sont désormais définitivement fixés, il reste encore à résoudre bien des questions de détail. De plus l'étendue du territoire d'application de nos lois est peut-être discutée et discutable; la puissance de l'Église rencontre en effet en certains points des obstacles, soit dans les privilèges des églises particulières, soit dans les principes du droit séculier. Il faut d'abord préciser dans ses détails la portée de la loi nouvelle.

Pour les ordres, la règle était on ne peut plus précise et toute discussion cesse en effet à partir du *Liber Sextus* : les ordres majeurs seuls, mais d'une manière indiscutable et sans exception, sont réservés à la dispense papale. Ce n'était pas aussi clair pour les bénéfices.

Boniface VIII les a rangés en deux classes : les *beneficia curam animarum habentia* et les *non curam animarum habentia*; et auparavant Grégoire IX avait réservé au pape les *dignitates, personatus et alia beneficia curam animarum habentia*. Hostiensis définit les bénéfices à charge d'âme : ceux dans lesquels il y a à *corrigere*, *inquirere, reformare*, *præcipere*, *interdicere*, *suspendere*, *excommunicare*. Plus simplement ce sont ceux auxquels une certaine juridiction est attachée, soit *in foro interno*, soit *in foro externo* [1]. Tous ces bénéfices rentrent dans le champ d'application de notre loi.

Mais il y a parmi les bénéfices simples et n'ayant par conséquent aucunement charge d'âmes, des bénéfices plus importants que les autres, ce sont les prébendes canoniales, principalement dans les églises cathédrales. Déjà sont enlevées à la libre disposition de l'évêque les dignités capitulaires, maintenant les simples prébendes vont sembler trop importantes, pour qu'on permette à l'évêque de les donner à

tiæ imitatores, qui, signo crucis assumpto, transfretaverint personaliter in subsidium Terræ Sanctæ vel illic bellatores idoneos destinaverint, aut partem de bonis suis prædicto subsidio congrue ministrabunt » (Urbain IV, n° 380. 24 avril 1263).

1. Durand de Maillane, Dict. V° Charge d'âmes.

des enfants illégitimes. Guido de Baysio, archidiacre de Bologne, qui écrivait peu après l'apparition du *Sexte*, tout à fait au début du XIV[e] s., est favorable encore aux pouvoirs de l'évêque. Mais par cela même qu'il songe à poser la question, on voit que la solution ne s'imposait pas et que tous ne la résolvaient peut-être pas dans le même sens. On cite encore comme principales autorités de la même opinion Oldradus, Jason, de Selve [1]. Mais l'opinion se modifia plus tard, car Rebuffe dans sa *Praxis beneficiorum* enseigne le contraire [2]; et c'est moins son opinion personnelle, qu'une fidèle reproduction de la jurisprudence romaine. Il s'appuie en effet sur des décisions du tribunal de la Rote ; on voit que, tandis que les docteurs discutaient, la papauté ne perdait pas une occasion d'affirmer son pouvoir [3].

Cette règle est dès lors généralement enseignée. Néanmoins on peut remarquer en France, au XVIII[e] s., une tendance contraire à étendre les pouvoirs de l'évêque. Le premier pas à faire en ce sens était de ramener à l'observation littérale des règles insérées au *Corpus* et plus particulièrement dans le texte le plus récent, celui du *Liber Sextus*. Cela conduisait à accorder à l'évêque le pouvoir de dispenser pour les *personats*, qui n'ont pas à proprement parler la *curam animarum*, et pour les canonicats des églises cathédrales [4]. La pensée intime des auteurs, qui soutiennent cette opinion, s'exprime dans l'argument traditionnel : il est toujours odieux de restreindre les pouvoirs des évêques, auxquels est permis, en matière de dispense, tout ce qui ne leur est pas strictement défendu [5].

1. Cabassutus. *Juris canonici Theoria et Praxis*. L. II, ch. 9, § 3.
2. Reb. *loc. cit. De dispensatione sup. defect. natal.*
3. Nous avons en effet dans ce sens une décision de la Rote antérieure à 1481. « Dispensatio episcopi juxta formam illius capituli (1. *de fil. presb.* in Sexto) facta illegitimo non extendatur ad præbendas cathedralium ecclesiarum propter eminentiam et majoritatem quam habent canonici ecclesiæ cathedralis super alios clericos civitatis et diœcesis ». G. Horborch, *Conclusiones dominorum de Rota*, fol. 75.
4. Durand de Maillane, *Dictionnaire* v[o] *Batard*, I, 169.
5. Id.

L'esprit d'opposition au Saint-Siège pouvait d'ailleurs conduire à des résultats tout à fait opposés. Pastor notamment soutenait dans son *Tractatus de beneficiis* [1], que la dispense épiscopale ne devait pas être admise en France, parce qu'elle est fondée sur une décrétale de Boniface VIII, dont le nom et la mémoire sont particulièrement odieux aux Français. Il est à peine besoin de dire que cette opinion ne prévalut pas. Il est vrai que le *Sexte* était fort discrédité en France à cause de son auteur, mais « cela n'empêche pas, suivant le témoignage autorisé de Doujat, que cette compilation ne soit lue dans les Universités de France et que par l'usage la meilleure partie des constitutions qu'elle contient ne soient gardées en ce Royaume [2] ». C'est-à-dire que ce recueil avait la même autorité que les autres, dont la valeur législative ne fut jamais admise officiellement en France. Dans notre cas particulier, il y avait d'ailleurs une raison péremptoire pour que l'opinion de Pastor demeurât isolée, c'est qu'elle tendait à restreindre excessivement les pouvoirs de l'évêque.

On pouvait au contraire mettre en doute chez nous le droit du Pape de dispenser les bâtards pour obtenir des bénéfices en France. N'était-ce pas contraire aux libertés de l'Église gallicane? Mais aucune contestation ne s'éleva jamais sur ce point. Nous lisons en effet dans les Mémoires du clergé [3] : « Les dispenses accordées aux illégitimes peuvent souffrir d'autant moins de difficulté dans les usages du Royaume, que l'exclusion des bâtards d'être promus aux ordres et de pouvoir posséder des bénéfices, n'est fondée que sur le droit positif, dont les dispositions principales sont rapportées dans le corps du droit canon ».

En résumé, la France accepte le droit du *Sexte* complété par la jurisprudence de la Rote, sauf une tendance dans les

1. L. III, t. 25, n° 6.
2. Doujat, *Histoire du droit canonique*, P. II, ch. 16.
3. *Mémoires du clergé*, t. XII, p. 701.

derniers temps à laisser aux évêques la disposition des personats et surtout des prébendes des cathédrales [1].

Mais le pouvoir du pape rencontrait en France et ailleurs une autre barrière dans les privilèges de certaines églises. Nous avons eu déjà occasion de parler de ces statuts particuliers, que se donnaient certains chapitres, à l'effet d'exclure de leur sein, nonobstant toute dispense, les enfants illégitimes. Le premier exemple que nous en connaissions est celui du chapitre de Chartres sous l'épiscopat d'Yves [2]. La valeur de ces statuts dépendait de leur origine; sont valables ceux qui sont aussi anciens que la fondation et qui font partie de la fondation, ceux qui ont été dressés par le concours des deux Puissances, ceux qui sont observés de temps immémorial, ceux qui sont confirmés par des lettres patentes du Prince [3]. Voici comment s'exprime à ce sujet l'art. 64 des Libertés de l'Église gallicane : « (Le pape) ne peut dispenser au préjudice des louables coutumes et statuts des églises cathédrales ou collégiales de ce Royaume, qui concernent la décoration, entretenement, continuation et augmentation du service divin »..... [4].

Mais un chapitre ne peut, de sa propre autorité, se donner des statuts de ce genre, du moins n'auraient-ils d'autre valeur que celle d'une décision capitulaire ordinaire, de sorte

1. Notons, à titre d'opinion isolée, celle de Du Rousseau de la Combe dans son *Recueil de jurisprudence canonique* v° *Bâtard* (n° 9), que le roi peut en régale conférer un bénéfice à un bâtard. Le roi, quand il est collateur, n'a que les pouvoirs d'un collateur ordinaire.

2. Cf. supra, p. 21. Les privilèges et statuts de ce genre étaient communs en France au témoignage d'Étienne de Tournai, cf. supra, p. 29. Il y est fait fréquemment allusion dans les registres des papes. Grégoire IX confirme cette antique coutume du chapitre de Reims : « cum de antiqua consuetudine in Remensi ecclesia hactenus obtentum esset, ut nullus ibi, nisi juraret se de legitimo matrimonio procreatum, in canonicum admitteretur. » (Greg. IX, 13 sept. 1252, n° 870). Innocent IV dispense un illégitime pour un canonicat *non obstante Franciæ consuetudine* (Inn. IV, 4 sept. 1245, n° 1477). La même coutume existait dans nombre d'églises d'Espagne (Nicolas IV, 5 avril 1288, n° 26).

3. Durand de Maillane, *Dict.* v° *Bastard.*

4. Cf. aussi art. 21.

que les collateurs y pourraient contrevenir sans abus et imposer à ces chapitres des enfants illégitimes dûment dispensés. Il y a des arrêts du Parlement en ce sens [1]. Mais il y a aussi des arrêts destinés à faire respecter les statuts, quand ils étaient valables, suivant les distinctions établies plus haut. Nous en avons des exemples : arrêt du Parlement de Paris, du 9 juillet 1693, en faveur du chapitre collégial de Saint-Hilaire de Poitiers ; ce chapitre invoquait un ancien statut « par lequel Godefroy, duc d'Aquitanie dont le Poitou dépendait alors, avait ordonné, conjointement avec l'archevêque de Bordeaux et le clergé de Poitiers, qu'à l'avenir aucun bâtard » [2] ne pourrait être reçu chanoine dans cette église. Les statuts de l'église de Toul datant de 1332, confirmés en 1650, sont reconnus par le Parlement de Paris le 7 mai 1658 [3]. Le chapitre de Bayeux fait reconnaître ses droits le 22 mars 1706 par le Parlement de Normandie [4]. Nous trouvons dans du Cange [5] mention d'une charte de 1470 relatant un privilège semblable pour le chapitre d'Amiens. Citons enfin hors de France un privilège du même genre accordé par Sixte V, le 22 août 1588, à l'église de Valence [6]. C'étaient là autant de barrières au pouvoir de dispense tant du pape que des évêques. Mais dans ces limites ainsi restreintes le pouvoir de dispense s'exerçait sans entraves.

En dehors de ces privilèges spéciaux et reconnus, il n'y a pas en effet de limite au droit de dispense du pape. Seulement on dispensera plus difficilement certaines catégories d'enfants illégitimes, les incestueux et les adultérins par

1. Durand de Maillane, *Dict.* v° *Bastard*. Charondas, *Responses du droict français*, Liv. X, rep. VII.
2. *Mémoire du clergé*, tome XII, p. 699.
3. Id., p. 699.
4. Id., p. 712.
5. Du Cange, *Glossarium*, v° *Bastardus*.
6. *Bull. rom.*, Sixte V, n° 132. « Spuriis aut illegitime genitis, etiam apostolica, imperiali, regia vel quavis auctoritate legitimatis aut natalibus et primævis juribus naturæ restitutis....... »

exemple. Le pape, quand il délègue ses pouvoirs en cette matière, réserve fréquemment le droit de dispenser ces bâtards [1].

Toutes ces règles sur les dispenses avaient une sanction d'ailleurs incomplète. Il pouvait arriver en effet que l'on violât la loi ou que l'on employât des moyens frauduleux pour obtenir la dispense, ce que l'on appelle dispense *obreptice* ou *subreptice* [2]. Dans ce cas, si l'ordre a été conféré, il n'y a plus de recours, on ne peut annuler l'ordination et il n'y a pas d'autre sanction. Pour les bénéfices il en est autrement. La sanction est la nullité de la collation : le bénéfice est alors considéré comme toujours vacant, à moins que postérieurement, comme cela peut toujours se faire, une dispense ne vienne remédier à cette situation. Et cette nullité n'est pas susceptible de se couvrir par un autre moyen : nous avons en effet indiqué au début de notre chapitre des dispenses, que la prescription ne s'applique pas en notre matière. La règle de *pacificis possessionibus* édictée par le concile de Bâle, reconnue par la Pragmatique de Bourges, adoptée par les papes sous le nom de règle de *triennali possessione*, ne s'appliquera pas. Le bénéficier aura toujours à craindre d'être dépouillé le jour où l'on s'apercevra de l'erreur ou de la fraude.

1. On pouvait se demander si les enfants trouvés, dont la filiation est absolument inconnue, avaient besoin d'une dispense, ou si l'on devait présumer leur légitimité. On admettait généralement une présomption d'illégitimité. Pyrrhus Corradus (*Praxis dispensationum apostolicarum* II II 3) donne pour eux une formule spéciale de dispense. Et Nicolas IV permettait à un évêque de dispenser un enfant trouvé « de cujus natalibus dubitatur, cum infans ante fores ecclesiæ sancti Johannis... inventus sit » (Nicolas IV, 13 déc. 1290, n° 3889). — Cette présomption d'irrégularité de l'enfant est assez étrange; mais ce qui l'est davantage, c'est la dispense accordée à des enfants, qui devraient être considérés comme légitimes, ceux nés d'un mariage putatif. Il y en a des exemples. (Nicolas IV 2802.3899.5038). Voir plus loin ce qui sera dit de la confusion de la légitimité des enfants du mariage putatif et de la légitimation des enfants naturels.

2° *Dispense circa ecclesiam paternam.*

Quand il s'agit d'un fils de prêtre, on sait qu'une nouvelle prohibition s'ajoute aux deux premières, celle d'exercer son ministère dans l'église paternelle du vivant du père ou de succéder à celui-ci dans son bénéfice. A cette troisième prohibition correspond une troisième dispense [1]. Rappelons que la prohibition de la succession (*brevitatis causa* nous comprendrons sous ce titre même la défense de *ministrare patri viventi*) est postérieure aux deux autres, mais qu'elle prit rapidement une importance plus grande, fut peut être mieux observée et fit encore l'objet des préoccupations du législateur ecclésiastique à une époque où les deux autres ont déjà beaucoup perdu de leur importance.

L'histoire de cette dispense est d'ailleurs plus simple que celle des autres. Dès le début le pape se la réserve, et s'il y eut du côté de l'épiscopat quelque résistance, du moins n'a-t-elle guère laissé de traces et les prétentions de la papauté triomphèrent aisément.

Les preuves qu'en fait les fils succédaient à leurs pères, que par conséquent les évêques étaient souvent en possession de disposer librement, sans en référer au pape, sont les nombreuses décrétales qui rappellent à l'observation des principes et qui, à ce propos, constatent leur violation générale. Nous avons déjà montré quelle était la situation en Angleterre : presque toutes les décrétales sont adressées à ce pays.

Ceci est la question de fait, mais sur la question de droit les papes ne transigent pas; ils délèguent quelquefois leurs pouvoirs, ils ne les abandonnent jamais. Et cependant il est un texte unique, auquel nous nous sommes déjà reportés précédemment et qui pourrait donner des doutes à ce sujet pour

1. Ici des dispenses sont nécessaires même aux enfants légitimes pour succéder *mediate* à leur père.

le pontificat d'Alexandre III. C'est le c. 5 X h. t. qui semble contenir de la part de la papauté une reconnaissance des pouvoirs de l'évêque. L'évêque de Londres ayant ordonné un clerc lui avait conféré la chapelle de Neubourg, mais, peu de temps après, ce bénéfice lui avait été retiré sous le prétexte que son père en avait été précédemment titulaire. Le clerc ainsi dépouillé se plaignit au pape, qui écrivit à l'évêque : si tu connaissais la filiation du bénéficier avant de le nommer, tu dois lui conserver son bénéfice ; il en est autrement, si tu as agi par ignorance. Il semble difficile d'expliquer cette solution autrement que par une reconnaissance d'un pouvoir de dispense, qui eût appartenu de droit commun à l'évêque. Il est tout naturel qu'il ne puisse revenir sur une dispense par lui accordée régulièrement ; si au contraire il y a eu violation de la loi, on devrait annuler la collation. Les canonistes ont grand peine à expliquer ce texte qui semble si évidemment contraire à la doctrine définitive ; ils admettent généralement que le pape a voulu punir l'évêque en l'obligeant à respecter ses propres actes, que la collation, nulle en principe, est au moins valable aux yeux de celui qui l'a faite en connaissance de cause.

Nous donnons ces explications pour ce qu'elles valent, on ne peut ni les accepter sans réserves, ni les repousser à priori. Il est possible qu'il y ait là une décision spéciale motivée par des considérations particulières ; c'est une décision isolée et nous pouvons voir le même pape Alexandre III accorder par délégation spéciale le pouvoir de dispenser *circa ecclesias paternas immediate tenendas*. On ne peut rien conclure de notre texte, sinon peut-être que le droit n'étant pas fixé encore d'une manière rigoureuse, les décisions d'espèces pouvaient être accommodées aux circonstances particulières de la cause.

En tous cas nous avons dans le c. 9 au même titre, du même pape Alexandre III, une concession expresse du droit de dispense à l'archevêque d'York ; les premières lignes ne laissent aucun doute sur la pensée du pape :

Ex tua nobis parte est propositum quod, cum olim ad tuam consultationem super filiis sacerdotum, tales a nobis litteras recepisses, ut eos posses in ecclesiis quas patres eorum nullo mediante possederant, sustinere, quos probata vitæ et sanæ conversationis cognosceres vel quos longo tempore illas tenuisse constaret.

Quelques docteurs, arguant du mot *consultationem*, voulaient voir ici une expression du droit commun, car, disent ils, à une consultation on répond par l'exposé du droit. Mais les termes indiquent trop nettement un pouvoir spécial pour qu'on se laisse arrêter par un argument aussi spécieux.

Voici ce qui s'était passé : pour une raison quelconque, soit de son propre mouvement, soit plutôt sur un rappel des prohibitions à lui adressé par le pape, Roger de Pont-l'Évêque, archevêque d'York, écrit au souverain pontife que dans sa province nombre de bénéficiers sont les fils des précédents titulaires; cet état de fait est le résultat d'une longue période de tolérance et de désordre, mais une épuration du clergé est difficile à faire, car il y a parmi ces bâtards (ou même ces enfants légitimes, le texte ne distingue pas) des personnes que protègent de hauts et puissants personnages, il y en a qui sont depuis si longtemps en possession que, bien qu'il n'y ait point de prescription en notre matière, il semble cruel de les dépouiller, il y en a enfin dont le mérite est tel qu'il y aurait véritablement injustice à les priver d'une fonction dont ils sont dignes. On aura donc besoin dans cette épuration, d'accorder un grand nombre de dispenses rétrospectives. Faudra-t-il s'adresser au pape pour les obtenir? Non, avait répondu Alexandre III, faites vous-même ce que vous croirez bon.

On comprend aisément la nécessité, que reconnut le pape, de déléguer ses pouvoirs en pareil cas. C'est qu'il s'agissait non pas d'accorder de nouvelles dispenses, le pape ne donne pas ce droit à l'archevêque, mais de *sustinere* ceux qui étaient déjà en possession. La fin du texte prouve encore mieux qu'il s'agissait là d'un droit spécial : le pape, sans plus

songer à ces *litteræ* qu'il avait octroyées à Roger de Pont-l'Évêque délivre en effet plus tard d'autres *litteræ* ordonnant de dépouiller de leurs bénéfices ceux qui seraient reconnus être les fils des titulaires immédiatement antérieurs. En présence de ce fait nouveau une question se posait pour l'archevêque : ces dernières lettres annulaient-elles les précédentes, celles dont il tenait ses pouvoirs? A cette question le pape répond, par la décrétale qui nous occupe, d'une façon négative. Ainsi il a fallu qu'on lui rappelât la concession précédemment faite, pour que les clercs dispensés par l'évêque fussent maintenus en possession ; il est impossible de ne pas en conclure qu'à lui seul ou à ses délégués le pape reconnaît le droit de dispenser *circa ecclesias paternas immediate tenendas*. Ce texte est assez significatif pour écarter le doute suscité par le c. 5.

Au concile général de Latran de 1215 Innocent III fit renouveler la prohibition d'accorder aux enfants naturels des prébendes dans les chapitres dont font partie leurs pères. Et ce qui prouve bien que nul autre que le pape lui-même, ne peut dispenser en cette matière, c'est que des peines sont édictées contre le collateur qui viole cette règle : *Qui vero tales canonicare presumpserint, a suis beneficiis suspendantur* [1].

Le c. suivant aux Décrétales n'est pas moins significatif. Le pape Honorius III dénie même au légat apostolique le pouvoir de dispenser. Nulle dispense n'est valable, dit-il en propres termes, que celle de Saint-Siège [2].

Tel est par conséquent le droit que nous devons supposer en vigueur au temps de Grégoire IX. Comment donc Raymond de Pennafort, le compilateur des Décrétales, peut-il soutenir qu'en notre matière l'évêque possède un droit de dispense? Son raisonnement est assez simple. Il s'appuie

1. c. 16, X, *De fil. presb.*
2. c. 17, X, eod. : « Mandamus, quatenus, non obstante dispensatione aliqua quæ a sede apostolica non manaverit..... »

seulement sur le mot *consultationem* de la décrétale *ex tua*, qui donne ce pouvoir à l'évêque, et il en conclut que cette décrétale contient le droit commun. C'était aussi l'opinion de quelques très anciens décrétalistes [1].

Il est donc certain que, malgré le langage si net et si énergique de la papauté, il y avait encore dans la seconde moitié du XIII[e] s. un parti favorable aux pouvoirs de l'évêque. Mais cela ne dura pas : Goffredus de Trano combat cette opinion [2], la glose ordinaire des Décrétales et G. Durant la condamnent en termes formels [3]. Seul Hostiensis, que nous avons déjà vu céder à regret sur un autre point, pose encore des distinctions et des exceptions. Lorsque le bâtard n'est pas *publice infamatus vel vilificatus* ou lorsque la nécessité l'exige (*necessitate urgente*), l'évêque ou l'archevêque ont le droit de dispenser *circa ecclesiam paternam immediate tenendam*. Le c. 9 l'embarrasse beaucoup dans cette explication; il s'en tire en modifiant le sens ordinaire des mots [4].

Pour ce qui est du légat du pape, le texte d'Honorius III n'était pas accepté sans réserves. Certains docteurs distinguaient le *legatus a latere cardinalis*, qui était peut-être excepté de la prohibition, comme représentant absolument la personne du pape. Telle était l'opinion de Bernard de Parme, Durant lui-même le cite.

Nous avons vu dans quel sens Clément VII d'abord et après lui le concile de Trente modifièrent la législation sur le point qui nous occupe. La sévérité nouvelle, dont l'Église fit preuve alors, ne pouvait que retirer d'une façon plus jalouse encore aux évêques ce droit de dispense, que le concile semble laisser à regret au pape lui-même, puisqu'il présume toute dispense obtenue du Saint-Siège arrachée par surprise [5].

1. Raymond de Pennafort, *Summa*, p. 277, il s'appuie sur Johannes Teutonicus et Tancrède.

2. Goffredus de Trano, *Summa super rubricis Decretalium. De filiis presbyterorum*.

3. Durant, *loc. cit.*, § *nunc*, 34.

4. Hostiensis, in c. 9, X, h. t.

5. « Et super iis quæcumque dispensatio surrepticia censeatur ».

La France adopta sur ce point les règles du concile. Il n'y a ici aucun dissentiment entre l'église gallicane et l'église romaine. C'est le pape qui peut seul dispenser dans tous les cas suivants : un fils de prêtre veut obtenir un bénéfice dans l'église où son père est en fonctions, il veut obtenir le bénéfice qu'a eu son père, il veut obtenir un bénéfice dans l'église où fut en fonctions son père.

Mais il semble au premier abord que pour le second cas le pape lui-même ne puisse dispenser, puisque toute dispense est considérée comme arrachée par surprise. C'était peut-être, en effet, l'intention du concile de supprimer d'une façon absolue les dispenses. C'était certainement le but de Clément VII, dont la bulle *ad canonum conditorem* inspira les Pères du Concile [1]. Mais justement les termes mêmes de cette bulle nous montrent que le pape ne se croit pas le pouvoir d'ôter à ses successeurs le droit de dispense. Comment le concile eût il pu le faire, puisqu'il est de règle que le pape peut dispenser *contra concilium generale?*

Ce qu'il faut donc entendre par cette présomption, qui fait considérer toute dispense comme subreptice, c'est que la dispense, pour être valable, doit contenir la mention que le pape veut lever dans le cas particulier les prohibitions du Concile de Trente ou de la bulle de Clément VII. Ce n'est qu'une question de forme [2].

3° *Forme de la dispense.*

Dès qu'il commence à pouvoir être question de dispense véritable, dès qu'on sort par conséquent soit de la violation

1. Clément VII, Bulle *ad canonum conditorem. Bull. Rom.*, IV, I, p. 92, « nec cum eis super hoc dispensare intendimus; et si quas dispensationes per nos concedi contigerit, tanquam per præoccupationem et contra mentem nostram concessas........... et quod nobis licere non patimur nostris successoribus indicamus ».

2. *Mem. du clergé*, XII, p. 706. « Et par ainsi aujourd'hui sans faire mention de la dite Clémentine dispensations ne valent en tel cas. »

ouverte de la loi, soit de la conception des Décrétistes, on rencontre une dispense nettement individualisée dans un acte écrit.

A ce point de vue il faut distinguer entre les dispenses papales et les dispenses épiscopales. Notre prohibition, et par conséquent notre dispense, ne remontent pas si haut que les papes n'aient eu dès leur origine leur chancellerie organisée [1]. Par conséquent la dispense papale a dès le début pris une forme écrite nettement déterminée.

Il semble bien qu'il n'en soit pas de même de la dispense épiscopale. On voit en effet au c. 5 X *de filiis presbyterorum* que le pape, dans un cas donné, ne sait pas s'il y a eu ou non dispense. Alexandre III, auquel le clerc dépouillé de son bénéfice adresse ses plaintes, distingue bien le cas où il y a eu ignorance de fait, de la collation faite en connaissance de cause au bâtard, mais il ne sait pas, s'il y a eu erreur ou dispense. Or, s'il y avait eu une dispense écrite, le bâtard en question s'en serait évidemment procuré une expédition et aurait ainsi aisément triomphé; si même il y avait eu une dispense orale nettement distincte du fait de la collation, cela eût pu être prouvé. Rien de tout cela n'existait, il faut au contraire rechercher en fait, si l'évêque avait ou non connaissance de l'irrégularité. Donc si l'on pouvait ici parler d'une dispense, ce serait d'une dispense tacite. Et c'est ainsi en effet que sont forcés de conclure les canonistes classiques, ce qui les embarrasse fort, car au XIIIe siècle on n'admettait pas la dispense épiscopale et a fortiori la dispense tacite. Des opinions diverses sont professées sur ce texte par les Docteurs ; pour les uns il faut admettre la dispense tacite chaque fois que, dans un cas où l'évêque avait droit de dispenser, il a sciemment agi contrairement au droit commun; d'autres, et c'est l'opinion commune (Hostiensis, Innocent IV) exigent une *cognitio summaria*, quelques-uns même une *dispen-*

1. La chancellerie pontificale est de bonne heure organisée sur le modèle de celle des empereurs. Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 667.

sationis sententia vel potius decretum. La dispense tacite, dernière forme sous laquelle aurait pu se perpétuer la théorie des Décrétistes, a donc fait son temps. Cette opinion, que la dispense a lieu *ipso facto* par la collation du bénéfice ou l'ordination, était encore celle de Goffredus, Joh. Andreæ la condamne définitivement en l'appelant *opinio antiquorum*.

Dans ces conditions il était tout naturel que la dispense prît une forme écrite pour en faciliter la preuve [1].

La dispense tacite est cependant encore admise par la plupart des auteurs, en ce qui concerne la chancellerie pontificale, malgré la règle formelle : « *Nulli suffragetur dispensatio nisi litteris confectis* ». Mais ce n'est là qu'une exception. Il y a ici des règles certaines pour la rédaction de la dispense. Et nous allons exposer rapidement dans quelle forme elle était rédigée, ce qu'elle devait contenir à peine de nullité, quelle interprétation l'on donnait à la dispense une fois accordée.

On distingue dans une dispense deux parties principales, la supplique et la concession. Le pape, qui doit de sa propre main signer les dispenses [2], écrit au bas de la supplique ces mots *fiat ut petitur*. C'est ce qu'on appelle à proprement parler la signature. A la suite de cette signature les bureaux de la Daterie inscrivent, sur les ordres du pape, un certain nombre de clauses, dont la plupart sont de style et dont le détail ne nous intéresse pas. Nous n'en retiendrons qu'une, la clause *citra dispensationem ad dignitates*, qui a pour but de restreindre la portée de la grâce accordée. Généralement en effet celui qui demande la dispense, la demande aussi complète que possible, de façon à ne plus se voir opposer plus tard, en montant en grade dans la hiérarchie ecclésiastique, son défaut de naissance. Cette clause nous montre que dans la pratique on distinguait deux sortes de dispenses, l'une qui se borne à permettre l'accès des ordres sacrés et des bénéfices

1. La question fut de tout temps discutée par les auteurs, Durand de Maillane au XVIIIe se prononce encore en faveur de la dispense tacite malgré l'opinion de Rebuffe. Mais on discute alors sur des cas exceptionnels.

2. Dans la plupart des autres cas c'est le préfet de la signature.

simples, l'autre qui permet d'obtenir les dignités, personats et prébendes des églises cathédrales. Il faut en ajouter une troisième pour l'épiscopat, qu'on accordait à part. Quand le pape ne voulait permettre que les bénéfices simples, il inscrivait, ou plutôt faisait inscrire, la clause : *Citra dispensationem ad dignitates et canonicatus et prebendas in cathedralibus et dignitates principales in collegiatis ecclesiis.*

Cette existence de catégories toutes faites de dispenses simplifiait beaucoup l'interprétation, dont nous allons néanmoins indiquer les règles principales d'après les canonistes classiques. On se prononçait en général pour l'interprétation stricte. Cependant Raymond de Pennafort, qui semble être assez favorable à l'admission des bâtards (nous avons vu que presque seul il accorde aux évêques le droit de dispenser *circa ecclesias paternas*), propose d'étendre à tous les grades et dignités la dispense accordée par le pape : *Quia beneficia principis largissime sunt interpretanda.* Mais la généralité de la doctrine est contraire.

C'est d'ailleurs sur les termes de la supplique que ce travail d'interprétation doit porter, puisque le pape ne fait qu'inscrire au-dessous qu'il l'accorde ou non. Ces termes sont à l'époque classique pesés avec soin et déterminés, comme la clause restrictive quelquefois ajoutée, par un long usage. Mais une règle importante veut que la supplique contienne, outre ces indications précises sur la portée de la demande du postulant, tout ce qui peut mettre le pape à même de se prononcer en connaissance de cause, toutes les circonstances aggravantes, qui pourraient l'empêcher d'accorder la dispense demandée. Le postulant devra par exemple mentionner que le bénéfice qu'il désire, était celui de son père; il devra dire s'il est né *ex soluto et soluta* ou si, au contraire, il est né *ex conjugato*, *ex presbytero*, *ex religioso*.

A ce point de vue, la dispense peut être entachée de deux défauts, l'obreption ou la subreption. On appelle dispense obreptice une dispense obtenue au moyen d'un mensonge, en se disant par exemple né *ex soluto et soluta* alors qu'on

est fils adultérin ; et dispense subreptice la dispense dans laquelle l'*orator* a négligé d'insérer une circonstance qui pouvait détourner le pape d'accorder la dispense, par exemple s'il a négligé de mentionner que son père était engagé dans les ordres sacrés, ou bien si, tout en avouant que son père était prêtre, il a tu que sa mère était religieuse.

Telles étaient en gros les conditions de validité d'une dispense. L'examen des dispenses revenait d'ailleurs de droit à l'official du diocèse de l'impétrant. C'est à lui que la dispense était adressée et il la vérifiait.

§ 3. — *La profession religieuse.*

C'est ici un second mode de légitimation *ad spiritualia*, dont nous abordons l'étude; mais cette légitimation, comme nous aurons l'occasion de le voir, n'est pas complète et des dispenses peuvent être encore nécessaires, pour habiliter le bâtard moine à toutes les charges ecclésiastiques.

Sauf dans le concile de Bourges, premier monument officiel de notre irrégularité, nous trouvons dès l'origine à l'énoncé de la prohibition jointe une exception concernant les enfants naturels ayant embrassé la vie monastique soit dans un monastère ordinaire, soit dans une congrégation de chanoines réguliers. Tous les textes sont sur ce point d'accord [1] et la doctrine, qui avait plutôt une tendance à élargir qu'à restreindre les limites de l'indulgence pour les enfants naturels, ne fit aucune résistance. Du moment que la prohibition n'est pas absolue et peut en certains cas, pour des sujets particulièrement dignes de sympathie, être levée, ne sera-ce point tout d'abord au profit de ceux qui, se consacrant à une vie de prière, ont montré une vertu supérieure à l'ordinaire. Et si la cause de notre irrégularité est, comme le disent

1. Cf. Conciles de Poitiers (Mansi, XX, 498), Melfi (Mansi, XX, 724), Clermont, (Mansi, XX, 817).

nombre de canonistes, la crainte de l'imitation des vices paternels, on pensera tout naturellement avec Urbain II, que les moines ont, avec la vie mondaine, abdiqué tout souvenir des vices de leurs pères [1].

Mais on avait pour admettre cette légitimation partielle mieux que des raisons logiques; des textes de droit romain, légèrement détournés de leur signification primitive, pouvaient en expliquer l'existence. Rapprocher cette légitimation partielle d'un mode de légitimation connu des Romains, la *legitimatio per oblationem curiæ*, c'était, aux yeux des Docteurs, lui donner immédiatement une base plus solide. Il y a en réalité peu de rapport entre ce moyen imaginé par Théodose et Valentinien pour repeupler les curies désertes, et notre légitimation par la profession religieuse : mais, au moins dans les mots, on peut faire un rapprochement en parlant d'*oblatio monasterio*, *oblatio Deo*, etc. Et c'est ce rapprochement des noms qui satisfaisait les esprits et servait d'explication à notre institution. Deux autres textes de droit romain pouvaient encore s'y appliquer. D'après le ch. 41 de la novelle 123 le père ne peut plus exhéréder son enfant ingrat, si celui-ci est entré dans un monastère; dans la préface de la Nov. 5 d'autre part, on trouve cette phrase : *monachalis conversationis vita sic est honesta.....ut omnem quidem humanam.....maculam abstergat.*

Ces deux textes, bien que ne visant pas notre cas, puisque l'*irregularitas* date du XIe s., ont certainement plus de rapport avec lui que la *legitimatio per dationem curiæ;* ils sont au moins inspirés par la même idée que notre exception, à savoir que la profession religieuse suppose et fait présumer une vertu supérieure. De ces textes on déduisait la règle suivante, dans laquelle on reconnaîtra la phrase de Justinien : *ingressus monasterii tollit irregularitatem* [2] ou *religio maculam abstergit* [3].

1. *ad Pibonem Tullensem episcopum*. Mansi, XX, 676.
2. Glose sur le c. I D. 56 v° *Presbyterorum*.
3. Raymond de Pennafort, *Summa* III XIX 1.

Telles sont, non pas les bases historiques de notre légitimation, mais les raisons qui l'expliquent aux yeux des canonistes. Il y avait cependant une opinion aberrante d'après laquelle la profession religieuse ne serait qu'une raison de dispenser, sans valoir dispense par elle-même [1]. Mais cette opinion resta isolée.

La *communis opinio* voyait, sinon dans le simple fait de vivre dans un monastère, au moins dans la profession religieuse, une dispense de plein droit. Il est logique d'ailleurs d'attendre, pour faire cette faveur au religieux, qu'il se soit irrémédiablement engagé dans des vœux solennels. L'habit ne fait pas le moine, mais la profession, dit le brocard.

Le privilège admis, il y avait là pour les enfants naturels un moyen détourné de parvenir aux ordres sacrés. Pour être admis à la profession religieuse en effet, aucune condition de naissance n'était exigée; le bâtard, fût-il fruit de l'adultère ou de l'inceste le plus odieux, peut se consacrer à Dieu. Il y a même là un refuge tout naturel pour celui qu'une tache quelconque empêche de vivre parmi les autres hommes. Le monastère est un asile pour celui que le monde repousse, comme pour celui qui fuit le monde.

Se produisit-il des abus, des scandales? toujours est-il qu'à un moment donné on essaya de fermer cet asile aux enfants illégitimes. Il y a dans l'histoire de l'église catholique deux grands mouvements de réforme; le premier, d'où est sortie la législation sur les bâtards, commence au XI[e] s., le second, que quelques historiens appellent la Renaissance ecclésiastique, est contemporain du concile de Trente. Cette

1. Goffreous, *Summa*, *De fil. presb.* « Quidam tamen dicunt quod non ipso jure dispensatur cum talibus per ingressum religionis, sed prodest eis religio ad dispensationem facilius obtinendam..... sed quod primo dixi verius est ». Joh. a Turre Cremata sur la D. 56 c. *presb. fil.* « Duplex est opinio. Quidam enim dicunt quod si illegitimi intrant monasterium... de jure communi promoventur ad omnes ordines... aliorum est opinio in contrarium..... sed prima opinio videtur tenenda, quæ etiam, ut Goffredus dixit, est verior. Concordant etiam Innocentius et Hostiensis et Bernardus in glossa in cap. *nimis* eod. tit. ».

assemblée s'occupa beaucoup des ordres religieux ; il importait de couper court aux abus qui avaient révolté Luther. Un grand mouvement religieux se dessine ; les réformes des ordres se suivent : les Franciscains en 1528, les Carmélites avec sainte Thérèse d'Avila (1515-1582), les Bénédictins (1600-1604). On commençait à accomplir cette réforme de l'Église *in capite et in membris*, dont on parlait depuis le commencement du xvᵉ s. C'est à ce moment qu'un pape énergique et fort préoccupé de cette réforme, Sixte V, fut choqué de cette liberté trop grande accordée aux bâtards, d'entrer dans les monastères et d'y faire profession. Le pontife s'indigne de ce que les couvents soient le rendez-vous de ceux qui n'ont rien à attendre de la société laïque et que Dieu n'ait que ceux que l'humanité elle-même rejette de son sein. Ces bâtards, dit-il dans son exorde, sont le plus souvent infectés des vices de leurs pères et n'entrent en religion que parce que leur qualité d'illégitimes les prive de la succession paternelle. Entrés avec ces dispositions, ils font de mauvais religieux et, autant par leur vice originel que par leur mauvaise conduite, sont une cause de scandales dans les communautés. D'ailleurs, si l'on ferme les cloîtres aux bâtards, on punira ainsi les parents eux-mêmes, et peut-être cette sanction aura-t-elle un effet salutaire sur la moralité publique [1].

En conséquence, il interdit de la façon la plus absolue l'entrée des monastères aux bâtards incestueux ou adultérins ou *ex sacrilegio geniti*, c'est-à-dire fils de prêtres ou de personnes ayant fait vœu de chasteté. Aucune légitimation ne peut leur en permettre l'entrée, de quelque autorité qu'elle émane. Le noviciat, comme la profession, leur est rigoureusement interdit. Seulement, pour ne pas ôter tout espoir d'une sainte vie à ceux qui en sentent le sincère désir, ils seront admis, sous l'habit de frères convers, à s'acquitter des basses besognes et des plus vils travaux dans le couvent,

1. *Bull. Rom.*, Sixte V, 25 nov. 1587, IV, IV, 371.

sans aucun espoir de s'élever jamais à une meilleure condition. Quant aux illégitimes ordinaires, ils peuvent être admis à la profession après un sévère examen de leurs mœurs, examen qui a pour but de savoir *si tot merita eis suffragentur ut defectum natalium suppleant*, et encore ne seront-ils admis que si le bien du monastère le réclame. L'examen en question sera fait par le général ou le provincial de l'ordre en chapitre général ou provincial. En d'autres termes, tandis que les adultérins et les incestueux ne peuvent être admis en aucun cas (sauf dispense du pape, faut-il toujours ajouter, car Sixte V n'a pu priver ses successeurs de leur droit naturel de dispense), les illégitimes seront admis sur dispense du supérieur. Désormais donc le même obstacle ferme aux bâtards le clergé séculier et le clergé régulier, avec cette seule différence, que dans un cas la dispense appartient à l'évêque ou au pape, dans le second au provincial ou au général de l'ordre. La sanction de ces dispositions est grave, c'est l'excommunication pour le supérieur de monastère, qui, en dehors de ces formes, admettrait un bâtard à la profession. Cette bulle fut l'année suivante soigneusement interprétée par son auteur dans une *declaratio* [1], exceptant de la prohibition les enfants légitimés par mariage subséquent, sur le sort desquels la généralité des termes de la première bulle pouvait laisser des doutes, et contenant quelques dispositions transitoires.

C'était là un droit très rigoureux, trop rigoureux, car il ne dura pas. La première bulle de Sixte V est de 1587, Grégoire XIV, la première année de son pontificat (15 mai 1591) la déclarait abrogée : *Volentes, iisdem constitutionibus (Sixti V*[i]*) non obstantibus, eos qui quovis modo illegitimi procreati fuerint, ad habitum et professionem regulares admitti posse, quemadmodum admitti poterant, si supradictæ constitutiones editæ non fuissent* [2].

1. Sixte V, 21 oct. 1588.
2. *Bull. Rom.* V, 1. Gregorius XIV 5 p. 252.

Cependant Grégoire XIV laisse subsister un examen incombant au général ou au provincial de l'ordre et ayant exactement le même but que celui prescrit par Sixte V. Les termes de l'une et de l'autre bulle sont identiques.

Mais on entend généralement cet examen dont il parle, de l'examen que le provincial ou le chapitre ou le supérieur du monastère, ou enfin, suivant une bulle de Clément VIII non reçue en France [1], l'évêque doit faire de tout candidat au noviciat ou à la profession religieuse, quelle que soit sa naissance. Il ne resta donc rien de cette tentative passagère d'extension de l'*irregularitas*. La profession religieuse resta pour le bâtard un moyen d'arriver sans dispense aux ordres sacrés, une légitimation partielle *sui generis*.

Mais cette légitimation est dans ses effets fort restreinte et n'ôte pas toute utilité à la dispense.

Certains grades et certaines dignités restèrent fermés, même après la profession religieuse, aux enfants illégitimes. Avant même que la loi eût consacré la prohibition et l'exception, la conscience populaire s'était prononcée contre l'admission aux hautes charges ecclésiastiques, même régulières, des moines de naissance illégitime. Qu'on se rappelle l'histoire de ce Gauzlin, fils naturel de Hugues Capet et de la longue résistance qu'opposèrent les moines de Fleury-sur-Loire, quand le roi Robert, son frère, voulut le leur imposer comme abbé. Le sentiment public n'admettait pas que la légitimation conférée par la profession religieuse fût complète [2].

Elle était loin de l'être, les premiers textes sont on ne peut plus nets sur ce point. *Prælationes vero nullatenus habeant,* dit le concile de Poitiers; et quand Yves de Chartres nous dit dans la préface du Décret, que les moines peuvent aspirer aux plus hautes charges, c'est que sans doute il pense à une dispense toujours possible. S'il fallait l'entendre autrement, son opinion serait absolument isolée. Nous dirons donc que

1. Clemens VIII, *Bull. Rom.*, c. 8, 268. Bulle *in superna.*
2. Cf. supra p. 10 et les protestations de Serlo de Bayeux, p. 23.

les moines sont exclus, suivant les termes généralement usités, des prélatures. Que faut-il entendre exactement par ce mot? On distingue en droit canonique classique deux sortes de prélats : les *prælati majores*, qui sont le pape, les patriarches, les primats, les archevêques et les évêques et les *minores*, qui sont tous les clercs ou réguliers revêtus d'une dignité quelconque, par conséquent les dignitaires du chapitre et les plus importants officiers claustraux. Mais dans l'usage le nom de prélat est réservé aux premiers, auxquels il faut ajouter les supérieurs d'ordres ou de monastères. Il est évident que les bâtards sont exclus des prélatures entendues dans ce dernier sens, qu'ils ne peuvent être ni évêques, ni supérieurs dans leur monastère ou dans leur ordre (prieur, abbé, provincial ou général). Mais les textes ne s'expliquent pas sur les principaux offices claustraux.

Guillaume Durant, énumérant les pouvoirs de dispense de l'abbé, nous parle des *administrationes*, pour lesquelles cette dispense peut suffire. Ce terme ne peut évidemment être traduit que par office, office claustral et ne peut servir à désigner exclusivement les supérieurs d'ordres et de monastères. Nous retrouvons au XVI[e] siècle d'ailleurs la même conception de ces prélatures qui sont fermées aux enfants naturels. Sixte V a soin d'expliquer ce qu'il entend par ces mots *honores et gradus sui ordinis*, dont il s'est servi ; il y comprend les principaux offices. Nous en verrons le détail en cherchant à savoir à qui revient en ce cas le droit de dispenser.

Car le droit de dispense a été ici, comme ailleurs, disputé entre diverses autorités. Mais ce n'est plus une lutte entre l'évêque et le pape. L'évêque n'a jamais prétendu à aucun droit de dispenser les réguliers, pour leur permettre d'obtenir des dignités dans l'intérieur de leur monastère. Un tel pouvoir supposerait que les moines, comme les clercs et les laïques, étaient sous la domination régulière de l'évêque et reconnaissaient son autorité. On sait qu'il n'en était rien et que depuis le XI[e] siècle les exemptions s'étaient multipliées de telle sorte que, dans l'intérieur de leur monastère, les reli-

gieux, ne relevant que du pape, n'appartenaient réellement à aucun diocèse [1].

De droit commun le pape possède donc ici seul et sans concurrence les pouvoirs de *dispensatio*. Mais des concessions particulières, des privilèges généraux avaient entamé en bien des endroits le droit commun. Et c'était un privilège presque général, que celui qui conférait soit aux supérieurs d'ordres, soit même aux supérieurs de monastères le droit de dispenser les bâtards à l'effet d'obtenir les dignités régulières [2]. En fait eux seuls étaient juges.

Il y eut des abus, la Réforme les révéla, le concile de Trente s'efforça d'y remédier et nous savons déjà que Sixte V tenta toute une réforme de la législation sur notre matière. Il laisse encore aux supérieurs d'ordres un droit de dispense, mais un droit de dispense nouveau, à l'effet d'admettre à la simple profession les enfants naturels simples. Les supérieurs d'ordres exerceront ce droit en chapitre général ou provincial. Mais la dispense pour les *gradus, honores et dignitates sui ordinis* est expressément réservée au Saint-Siège. Et Sixte V a soin d'expliquer, dans sa *declaratio* de l'année suivante, ce qu'il entend par ces mots. Les illégitimes ne peuvent arriver sans dispense du pape aux charges de prévôt, abbé, prieur, gardien, provincial ou général ou tout autre nom que l'on donne aux supérieurs d'ordres ou de couvents. Mais ils n'ont besoin d'aucune dispense nouvelle pour être lecteurs, professeurs, recevoir les ordres sacrés et en exercer le ministère.

Mais on sait que cette législation ne fut pas longtemps en vigueur [3]. Elle ne se maintint pas plus de quatre ans et n'eut aucune influence.

Après elle on en revint purement et simplement au droit

1. Mais le pape peut déléguer son droit de dispense à l'évêque. Honorius IV, n° 350, 18 déc. 1285. Nicolas IV, 13 déc. 1289, n° 1904. 4 mai 1290, n° 2613. 17 sept. 1290, n° 3509.

2. Alexandre IV, 1187. Honorius IV, 230. Nicolas IV, 694, 1163, 1629.

3. Cf. supra p. 84.

antérieur; malgré les termes de la bulle de Grégoire XIV, il n'y a pas trace après lui d'une dispense exigée pour l'entrée dans les monastères. Quant aux dispenses exigées pour les prélatures, il en rend l'exercice aux autorités régulières et même il valide les dispenses données pendant ces quatre années au mépris des ordres formels de son prédécesseur. Néanmoins, tout en se référant d'une manière générale à la teneur des anciens privilèges, il semble ne donner le pouvoir de dispenser qu'aux supérieurs d'ordres, au lieu de le rendre aux simples supérieurs de monastères. Le pouvoir de dispense serait donc dès lors partagé entre les supérieurs d'ordres, provinciaux ou généraux, en chapitre provincial ou général, et le pape. Mais il reste bien entendu que le seul pouvoir réel de dispense vient du pape et que les autres n'en sont qu'une délégation, et pour les plus hautes dignités de chaque ordre il semble difficile de s'adresser ailleurs qu'au Saint-Siège. La suprême dignité d'ailleurs était moins aisément accordée aux bâtards. Fagnan au XVII[e] siècle nous apprend que les dispenses portaient généralement cette clause restrictive : *non tamen ad generalatum* [1].

La prohibition des dignités régulières ne s'appliquait pas seulement aux hommes. Les femmes dans la vie religieuse peuvent être également appelées à des prélatures. Ces grades supérieurs étaient fermés aux filles comme aux fils illégitimes. La solution ne semble pas avoir été acceptée d'emblée, car nous trouvons de longues discussions à ce sujet dans les auteurs. On objectait le silence des textes et la situation particulière des femmes, qui ne peuvent aspirer aux ordres. Mais l'analogie de la situation imposa une solution analogue et il fut admis que la fille naturelle ne pouvait être élue abbesse sans une dispense du Saint-Siège [2]. Ici

1. Fagnan. Comm. sur c. 1, X, h. t. n° 22.

2. Nicolas IV (2617, 27 mars 1290) « visitatori ordinis Sancte Clare in provincia Marchie committit quatenus cum Christina, moniali monasterii Sancti Francisci,..... dispenset ut, non obstante defectu natalium, quem patitur, e soluto genita et soluta, abbatissa sui ordinis elegi possit. »

comme ailleurs les papes avaient du reste par privilèges spéciaux fait part de leurs pouvoirs aux supérieures d'ordres qui étaient investies du droit de dispenser les filles illégitimes pour l'accession aux honneurs et grades du même ordre.

Mais outre ces privilèges distribués avec libéralité par le Saint-Siège, quelques ordres avaient des statuts particuliers, comme nous en avons rencontré pour les chapitres des églises cathédrales ou collégiales. Certains ordres sont en possession de ne recevoir dans leurs rangs, et à plus forte raison de ne laisser accéder aux honneurs et dignités, aucun enfant illégitime, à moins d'une dispense spéciale qu'il n'appartient pas au pape, mais à l'ordre lui-même, d'accorder. En pure théorie le pape, souverain absolu, a le droit d'abroger ce statut, mais en fait il le respectait, d'autant que ces statuts étaient généralement l'œuvre du Saint-Siège lui-même. Les chartreux, par exemple, en vertu d'une bulle de Grégoire XI, de 1372, sont en possession de n'admettre aucun officier ou de ne laisser promouvoir aux ordres aucun bâtard de leur monastère, sans une délibération du chapitre général. Ce ne sont là d'ailleurs que de peu fréquentes exceptions [1].

Nous n'avons pas rencontré, en ce qui concerne les moines bâtards, la prohibition du bénéfice et celle de la succession. Les bénéfices qu'ils pouvaient posséder n'étaient que les bénéfices réguliers parfois attachés à certains offices monastiques et qui leur étaient permis ou défendus dans la même mesure que ces offices eux-mêmes.

Dans ces conditions, la succession héréditaire des offices et bénéfices claustraux n'était guère à craindre [2]. Aussi tout ce que nous trouvons à ce sujet est un paragraphe de la

1. Durand de Maillane, *Dict.* V° *bâtard.* Boniface VIII, 13 avril 1295, n° 122. « Privilegium de monachis illegitime genitis non recipiendis », accordé à Saint-Denis. Alexandre IV, 16 sept. 1255, n° 790 à l'abbesse de la Trinité de Caen : « indulgemus ut in monasterio vestro nulla prefici valeat in abbatissam quæ non sit de legitimo matrimonio procreata. »

2. Van Espen. *Jus eccles. univ.*, II x § 28.

bulle de Grégoire XIV défendant d'admettre du vivant du père le fils illégitime dans le même monastère. Cette mesure ne fut pas abrogée, mais elle a peu d'importance; car les auteurs qui voient dans l'hérédité des bénéfices séculiers ample matière à discussion, la passent généralement sous silence.

DEUXIÈME PARTIE

LA LÉGITIMATION AD TEMPORALIA

CHAPITRE PREMIER

DANS QUELLE MESURE LA LÉGITIMATION EST MATIÈRE DE DROIT CANONIQUE

La légitimation des enfants naturels est matière de droit canonique, cela ne fait pas de doute, mais encore est-il bon, avant d'en commencer l'étude, de déterminer exactement dans quelle mesure.

L'enfant né hors mariage peut arriver à la légitimité par des modes divers, et les canonistes, adoptant les classifications romaines, distinguaient les légitimations par mariage subséquent, par oblation à la curie, par rescrit du prince, auxquelles ils ajoutaient parfois la légitimation par testament, qui n'est qu'une variété de la dernière [1]. Un développement essentiellement ecclésiastique y avait adjoint la légitimation par rescrit du pape. Mais tous ces modes ne sont pas également des modes du droit canonique; ni le rescrit du prince, ni l'oblation à la curie (à moins qu'on n'en rapproche l'entrée dans un monastère, qui efface l'*irregularitas ex defectu natalium*) ne sont matières ecclésiastiques. Les

1. Certains canonistes, subdivisant à l'infini, comptent autant de modes de légitimation que d'hypothèses particulières. Par exemple Goffredus *Qui filii sint legitimi* f° 75 r° col. 2. « Octo modis legitimantur filii naturales. Primo si quis concubinam suam duxerit in uxorem... secundo si pater tradat filium naturalem servitio curiæ... tertio si pater naturalis filiam suam copulavit in matrimonio officiali curie civitatis... quarto si ipse naturalis se ipsum offerat », etc.

canonistes le disent bien : il n'y a que deux *modi legitimandi secundum canones* [1], la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du pape ; on n'étudiera donc ici que ces deux modes.

Sans doute il arrive aux canonistes de traiter des autres modes; mais ils en traitent comme de matières du droit civil et avec l'unique secours des textes romains. Quelques mots suffiront pour indiquer leur doctrine sur ce point.

La décrétale *per venerabilem* [2], qui est la base de la théorie de la légitimation par le pape, contient en passant une reconnaissance de la légitimation par rescrit du prince. Le pape, repoussant la demande de légitimation formée pour ses enfants par Guillaume de Montpellier, le renvoie au roi de France, son supérieur temporel. Le roi a non seulement le droit de légitimer ses sujets, mais il pourrait même légitimer ses propres enfants, bien que la glose lui recommande la discrétion sur ce point [3]. Deux questions seulement peuvent être discutées à ce propos. D'abord les textes romains donnent le droit de légitimer à l'empereur : les rois et en particulier le roi de France le possèdent-ils? La décrétale *per venerabilem* reconnaît précisément l'indépendance du roi de France et, malgré la glose, qui ne voit dans cette indépendance qu'un état de fait contraire au droit [4], les canonistes classiques accordent au roi de France le droit de

1. La distinction se trouve déjà dans l'*Ordo judiciorum* de Tancrède. Cf. Kogler, *Legitimatio*, p. 104. Saint Thomas d'Aquin. *Somme*, *Suppl.* IX, LXVIII. 3. « Et sunt sex modi legitimandi : duo secundum canones, scilicet cum quis ducit in uxorem illam ex qua filium illegitimum generavit, si non fuerit adulterum; et per specialem indulgentiam et dispensationem domini papæ. Quatuor autem alii modi sunt secundum leges. » Voir encore Torquemada, *Commentaire sur le Décret* C. XXXV. Q. VII, n° 7.

2. *Décrétales de Grég.* IX, IV XVII 13.

3. « In quo videretur aliquibus quod per seipsum (non tanquam pater cum filiis, sed tanquam princeps cum subditis) potuit dispensare. (C. 13, X, IV, XVII); et la glose (V[is] tanquam princeps) : « licet forte rex hoc facere possit, melius tamen facit, si abstinet a talibus. »

4. « Cum rex superiorem in temporalibus minime recognoscat. » glose : « de facto, de jure tamen subest romano imperio. »

légitimer [1]. Mais quelle est exactement l'étendue de ce droit et la nature de la légitimation opérée par le pouvoir temporel? Pour beaucoup de canonistes il y a là non point une véritable légitimation, car le roi n'a point la juridiction, ni par suite le droit de dispense, en matière de mariage et de légitimité. Il ne peut faire une légitimation véritable, mais seulement donner à un bâtard une dispense le relevant de la déchéance, qui l'empêche de succéder à son père. Telle est la doctrine d'Hostiensis [2], et Antonius de Butrio ajoute, pour établir ce droit de dispense en matière successorale, que le droit de succéder est un droit naturel, dont la loi civile prive pour des raisons spéciales les enfants illégitimes et que l'autorité civile peut par conséquent leur rendre dans des cas déterminés [3]. Beaucoup de canonistes consentent cependant à donner à l'acte du pouvoir temporel le nom de légitimation; mais tous étaient d'accord du moins que les effets de cette légitimation étaient restreints au domaine temporel et qu'elle n'habilitait nullement les bâtards à recevoir les ordres sacrés et les dignités ecclésiastiques.

A la légitimation par rescrit du prince les canonistes ajoutent généralement la légitimation par testament, qui n'en est qu'une variante, la faveur étant demandée à l'empereur par le père dans son testament [4]. Les docteurs en traitaient comme d'une matière de droit romain et avec toutes les conditions que les novelles lui avaient imposées.

Mais les novelles fournissaient aussi une autre espèce de

1. Panormitanus. *c. per venerabilem n° 26* : « de jure ipse solus (imperator) potest in toto imperio, unde reges et alii principes qui recognoscunt imperatorem in dominum, non possunt legitimare... secus si essent principes non recognoscentes superiorem... nam habent isti tantam potestatem quantam habet imperator in imperio suo. »

2. Hostiensis. *Summa aurea. Qui filii n° 11.* « Salva reverentia aliorum mihi videtur dominum Papam habere potestatem legitimandi quoad spiritualia et temporalia et ipsum solum..... dices tamen quod imperator legitimat, id est tanquam legitimum etiam spurium ad hæreditatem suam admittere potest. »

3. Sur le c. *per vener.*, n° 10.

4. Nov. 74, 2 et 89, 10.

légitimation par testament, qui en réalité n'est point une véritable légitimation, mais une présomption de légitimité. Si le père, disposant en faveur de ses enfants, les désigne dans son testament comme ses enfants légitimes, ou simplement comme ses enfants, sans ajouter : naturels, on présumera qu'ils sont, conformément à la déclaration paternelle, enfants légitimes, et qu'il y avait eu mariage entre le père et la mère, malgré l'absence des cérémonies d'usage et des *pacta dotalia* [1]. Les canonistes discutent précisément, s'il y a là légitimation ou preuve de légitimité. Le siège de la matière est le c. *per tuas* [2], qui fait allusion à une situation analogue, le père ayant donné dans son testament à un enfant la qualité de légitime. La décrétale voit là d'ailleurs une question de preuve de légitimité et non de légitimation.

Quant à la légitimation par oblation à la curie, outre l'analogie qu'on établissait entre elle et l'entrée dans un monastère (*oblatio Deo*), elle a gardé sa place dans les théories des juristes, et les canonistes, respectueux du droit romain, la considèrent comme toujours en vigueur. Bernard de Pavie la mentionne [3], Hostiensis en indique longuement les conditions et les effets [4], et jusqu'au XVI[e] siècle les canonistes en traiteront presque tous; mais ils en traiteront comme d'une matière de pur droit civil, à laquelle la législation de l'Église n'avait pas à toucher. Ils ont soin de noter d'ailleurs, qu'elle n'a aucun intérêt pratique [5].

Il n'y a donc que deux modes canoniques de légitimation;

1. Nov. 117, 2.
2. c. 12, X, IV, XVII.
3. *Somme. Qui filii.*
4. *Summa aurea. Qui filii*, § fin.
5. Ludovicus a Sardis *Ch. De legitimatione per curiæ oblationem.* « Et quia hæc materia est parum usitata, nec continet magnam subtilitatem... expediam me brevissime... » Cependant en poursuivant l'assimilation de l'*ingressus monasterii* et de l'*oblatio curiæ*, on pouvait arriver à en faire une vraie légitimation. « Guillaume de Cunio veut que le *spurius* soit capable de succéder à son père *si ingrediretur in monasterio quia sicut per oblationem curiæ illegitimi legitimantur, ita per oblationem monasterio factam* », et Balde a adopté cette opinion. Pitzorno. *Legitimation*, p. 204.

sont-ils du moins exclusivement et essentiellement matières de droit canonique? Il faut encore distinguer.

La légitimation par rescrit du pape est évidemment et par définition même, matière exclusivement ecclésiastique. La question est de savoir dans quelle mesure elle était reconnue par le pouvoir temporel.

Quant à la légitimation par mariage subséquent, la compétence de l'Église semble ici une conséquence naturelle de sa compétence en matière de mariage, laquelle existe d'une façon indiscutée depuis le xe siècle [1]. Ce sont les lois de l'Église, qui réglementent le mariage dans son existence et dans ses effets, ce sont les tribunaux ecclésiastiques, qui doivent seuls pouvoir décider, si une union remplit les conditions voulues, pour que les enfants soient légitimes. Voilà la pure doctrine logique, mais elle ne laisse pas de souffrir certaines atteintes de la part des canonistes eux-mêmes, de la part des légistes surtout.

Et d'abord il est évident que, même chez les canonistes, la légitimation est un emprunt fait au droit romain. Sans doute le principe de l'autorité souveraine de l'Église en ces matières est posé à maintes reprises; Antonius de Butrio dit de la façon la plus nette, pour justifier une dérogation aux règles romaines : *ad legem non spectat disponere de matrimonio* [2]. Aussi l'Église a-t-elle modifié dans ses conditions la légimitation romaine, en supprimant par exemple la nécessité des *pacta nuptialia*, et les canonistes affirment que, même *in foro principis*, la légitimation doit être réglée par les lois de l'Église [3].

Néanmoins les canonistes eux-mêmes ne pouvaient oublier que la légitimation par mariage subséquent est matière de droit romain ; et ils ne se font pas faute d'en alléguer les textes. L'Église a adopté en somme à peu près telle quelle l'institution romaine, et les textes romains ont valeur

1. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, I, p. 25.
2. Sur le c. 6, X, *Qui filii*, n° 6.
3. Covarruvias, ch. VIII, § 2.

pour elle, tant qu'ils ne sont pas en contradiction avec les règles spéciales à la matière ou les principes fondamentaux de la religion. En fait les constitutions impériales sont citées au moins aussi souvent que les décrétales.

Mais si les textes du droit civil n'ont point pour les canonistes perdu toute valeur législative, la juridiction en matière de légitimation appartient indiscutablement à l'Église. La légitimité des enfants, qu'elle résulte de la naissance en mariage légitime ou de la célébration du mariage après coup, est une conséquence du mariage ; elle doit donc être de la compétence des tribunaux ecclésiastiques. La question ne faisait pas de doute pour les canonistes et il existe au *Corpus* des textes célèbres, sur lesquels se discutait la question.

L'un d'eux est une lettre d'Honorius III à Louis VIII à propos de la succession de Champagne [1]. Le pape écrit au roi de différer la décision judiciaire sur le litige successoral, jusqu'à ce que l'Église ait décidé de la légitimité du prétendant. D'où la glose conclut que la question de légitimité est une question préjudicielle appartenant au for ecclésiastique, qui tient en état la juridiction séculière [2].

Le juge ecclésiastique décide donc en réalité du fond de l'affaire, même au point de vue successoral, mais, par respect pour l'autorité laïque, il ne tire pas lui-même les conséquences temporelles de la question de légitimité tranchée par lui. Le pape l'a reconnu dans une autre décrétale célèbre adressée celle-là au roi d'Angleterre [3]. Il déclare qu'il ne lui appartient pas de faire provisoirement restituer la possession des biens litigieux à celui qu'il déclare légitime, parce que cette question de possession est de la compétence des tribunaux séculiers. Le second texte servait ainsi de correctif au premier et c'est ce principe et cette restriction, qui servent

1. c. 3, **X**, II, x.

2. « No. quod causa natalium ad forum ecclesiasticum spectat. Item quod causa nativitatis præjudicialis est ad causam successionis et ideo primo debet terminari. »

3. c. 7, **X**, *Qui filii*, IV, xvii.

de commentaire au c. *conquestus*, sur lequel les docteurs décident traditionnellement la question de la compétence en matière de légitimation [1].

Mais les principes si nets de l'Église ne furent pas toujours admis par les juridictions séculières [2]. En France les cours d'Église semblent avoir perdu de bonne heure leur compétence en matière de légitimité. Les plus anciens coutumiers la lui abandonnent encore, prescrivant en général, quand une question de bâtardise se présente devant le juge temporel, le renvoi devant l'officialité, qui juge la question d'état, sauf au tribunal à en tirer ensuite, au point de vue des droits de succession, les conséquences nécessaires. C'est la

1. Les principes sont nettement posés par les auteurs. Inn. IV sur le c. 7, X, *Qui filii*. n. 1 — « licet judex ecclesiasticus de hæreditate non debeat judicare, tamen, pendente legitimitatis quæstione, non permittitur procedere judex sæcularis. » Hostiensis *Summa*, h. t. 10 « ubi petuntur ratione filiationis et allegatur legitimatio, nullo modo ad sæcularem judicem pertinet judicare; sed bene pertinet ad eum executio et admittere legitimum ex quo de legitimatione fuerit coram ecclesia facta fides. » Panormitanus sur le c. 1, n. 2. « Judex ecclesiasticus cognoscit inter laïcos de legitimatione cum venit accessorie ad causam matrimonialem, etiam si contentio sit propter hæreditatem temporalem. » Gonzales Tellez sur le c. 1, N. e « si opponatur quæstio illegimitatis, quia præjudicialis est, prius debet terminari per judicem ecclesiasticum et tunc super hæreditate judex sæcularis pronunciat. » Ce qui fait la difficulté du c. *conquestus*, c'est que le pape y ordonne à l'évêque d'intervenir directement, par la *severitas ecclesiastica*, contre celui qui réclamerait indûment l'hérédité au préjudice de l'enfant légitimé. Mais les auteurs faisaient remarquer, qu'il n'y avait pas là empiétement sur la justice laïque et qu'il était naturel que la cour d'église pût faire respecter sa décision, en empêchant qu'on ne traitât en bâtard celui qu'elle avait déclaré légitime. Jacobus de Albenga, professeur à Bologne vers 1220-1234, glossateur de la *Compilatio quinta* et maître d'Hostiensis, disait : « hic non jubet papa hæreditatem restitui, sed prohibet turbationem fieri ea ratione quod mulier sit illegitima » (Hostiensis. Lectura, c. 1, n° 2). C'est l'explication que reproduit Innocent IV (sur le c. 1). Quelques auteurs proposaient aussi, pour lever toute difficulté, de supposer que le c. *conquestus*, dont on n'a pas l'adresse, s'appliquait à des pays, sur lesquels le pape avait le pouvoir temporel (glose v° *hac occasione* in fine : « vel erat de jurisdictione ecclesiæ temporalis »). Hostiensis, par une supposition un peu différente, arrivait au même résultat; il pourrait s'agir d'une *persona miserabilis*. (Lectura sur le c. 1 n° 2).

2. Déjà Hostiensis note que les légistes n'admettaient point ces principes : « Hoc tamen legistæ vix concederent nobis » *Summa*, h. t. 10.

pure doctrine canonique, qu'expriment sur ce point Glanville [1] et le très ancien coutumier de Normandie [2]. Il y a même dans ce pays pour le renvoi devant le juge d'Église, une procédure spéciale, dont la *Summa de legibus* nous a conservé la formule [3].

Mais Beaumanoir semble ici déjà, comme sur bien d'autres points, en avance sur l'opinion contemporaine. Il tente en effet une distinction, qui suffit à ruiner presque complètement la compétence de l'Église en notre matière. Sans doute il maintient le principe général : les questions de bâtardise appartiennent à Sainte Église et la décision du juge d'Église s'impose au juge séculier dans les contestations qui en dépendent [4]. Mais Beaumanoir, à côté du principe, admet immédiatement une importante restriction, qui permettra au juge séculier de connaître de la plupart des cas de bâtardise; il a droit en effet d'en connaître par incidence, dans un procès de succession en matière immobilière [5]. L'exception est assez large pour détruire à peu près la règle, et c'est précisément parce que le juge laïque aura souvent, d'après ce système, à connaître de bâtardise, que Beaumanoir a consacré un chapitre de son livre, destiné à l'instruction des gens de justice, à traiter « des oirs loiaux et des bâtards ».

La théorie de Beaumanoir eut le succès qu'elle méritait. Dans les cours séculières au XIV[e] siècle c'est chose universellement admise, que le juge peut décider de la légitimité, quand elle se présente comme question accessoire. Il ne semble même pas qu'il y ait alors de discussion sérieuse sur ce point entre les deux ordres de juridiction, car ni la dispute de Vincennes, ni le songe du Verger n'y font allusion; et Boutillier rapporte incidemment, sans s'en étonner ni se donner la peine de les expliquer, des décisions de juges

1. Glanville, VII, 13.
2. *Très ancien coutumier de Normandie*, ch. 65, § 1.
3. *Summa de legibus in curia laicali*, ch. 25, § 4.
4. Beaumanoir, n[os] 333 et 587.
5. Fief lai. Beaum., n° 578.

laïques en matière de légitimité [1]. La doctrine et la pratique sont bien fermes à partir de ce moment et les décisions de parlement sur les questions de bâtardise sont nombreuses [2].

Ainsi la compétence de l'Église en matière de légitimité et par suite de légitimation, n'était pas respectée. Du moins les tribunaux séculiers eussent-ils pu appliquer les règles canoniques sur la matière. Mais si les canonistes eux-mêmes, comme on l'a vu, n'oubliaient pas que la base de la légitimation est dans les textes du droit romain, les juges laïques devaient être encore beaucoup plus tentés de considérer la légitimation comme une matière du pur droit civil et de donner, en cas de conflit, la préférence à la constitution impériale sur la décrétale du pape et ses gloses. On aboutissait à enlever à l'Église, après la juridiction, la législation sur la matière.

Le droit séculier français conservait donc à la légitimation son caractère romain, modifié légèrement dans la forme par des institutions germaniques antérieures. L'usage était de mettre les enfants sous le poêle, que l'on étendait pendant la cérémonie de l'église sur la tête des époux. Pour bien des auteurs cet usage semble être une condition formelle de la légitimation [3]. La question sera encore discutée sérieusement au XVIIe s. [4].

1. *Somme rural* titre 95. Éd. Charondas, p. 537 et 538.

2. Lebrun, *Successions*, I, II, I, 1, n° 2, p. 25. Bacquet, *Traité de la Bâtardise*, ch. IX, n° 7. Les canonistes eux-mêmes ne s'opposaient pas très nettement à ce que le juge laïque connût incidemment de la question *de fait* de l'existence du mariage, sinon de la question de *droit* de sa validité. (Panormitanus h. t. c. 2 n. b; Fagnanus in lib. IV, c. lator). C'est à quoi Du Moulin fait allusion sur le c. 5 h. t. « In summario quæstio nativitatis opposita petenti hæreditatem coram judice sæculari est ad ecclesiasticum judicem transmittenda, ex invaliditate matrimonii, ita quod est quæstio juris. » Mais il ajoute immédiatement : « sed hodie in hoc regno indistincte judex sæcularis cognoscit nec fit remissio ad ecclesiam. »

3. Beaumanoir, 579, 599, 600. Bacquet, *Bâtardise*, II, ch. 9, p. 789, 1. — Les enfants sont légitimés par le mariage « *mesmement* quand les enfans nais auparavant le mariage ont esté reconnus et mis sous le poisle lors de la célébration du mariage subséquent, ainsi qu'il s'observe ordinairement ».

4. Par Daguesseau (plaidoyer du 4 juin 1697) qui d'ailleurs répond négativement.

Pour Gui Coquille, au XVIe s., il est évident que la légitimation est matière de droit séculier et non de droit canonique. Il admet par exemple, contrairement au droit canonique et conformément à ce que l'on croyait voir dans le Code et les Novelles, que sont seuls légitimables par mariage subséquent les enfants de la concubine *retenta in domo*. Il étend seulement un peu les dispositions du droit romain, en admettant la légitimation des enfants de la concubine, qui a une habitation séparée, quand d'ailleurs la solidité de l'affection est démontrée [1].

Les canonistes tiennent qu'aucune formalité n'est nécessaire, pour que le mariage légitime les enfants nés antérieurement, et en particulier, que les *pacta nuptialia* du droit romain ne doivent plus être exigés. Coquille estime au contraire qu'il est nécessaire de manifester le changement de situation du concubinat au mariage. Le contrat de mariage, qui remplace les *pacta dotalia*, ne lui semble même pas suffisant, et il serait d'avis que l'on exigeât la célébration du mariage [2].

Ce n'est pas que Gui Coquille ignore les décrétales et leurs commentateurs ; mais il fait déjà la distinction délicate, qui plus tard permettra les premiers essais de législation civile sur le mariage, de la validité du mariage et de ses effets civils. Si les *pacta nuptialia* font défaut, l'enfant pourra être légitime aux yeux de l'autorité ecclésiastique,

1. Coquille, *Cout. de Nivernais. Des Fiefs. Art. 20.* « La deuxième circonstance est que la mère fust au concubinat et en la compagnie ordinaire de l'homme et de telle façon qu'il ne restast que le sacrement et dignité de mariage, qu'ils ne fussent mary et femme... Toutesfois me semble qu'il n'est pas nécessaire que la mère fust domestique ordinaire, pourveu qu'il se prouvast qu'elle eust vescu sans suspition de s'estre abandonnée à autre homme. » Idem *Questions et Réponses 28.*

2. Coquille. *Quest. et Rép. 28.* « La tierce circonstance est qu'il y ait eu instrument et lettre passée au traicté de ce mariage, car lesdites loix romaines usent des mots *dotalibus vel nuptialibus instrumentis confectis*..... Je désirerais outre le traicté de mariage, qu'il y eust solemnisation en face d'église ». Id. *Cout. Niv. art. 20.*

mais cette légitimation ne produira aucun effet quant aux successions [1].

Il est vrai que cette théorie ne sera pas aussi hardiment suivie plus tard ; Bacquet, Lebrun reviennent aux prescriptions du droit canonique, mais la distinction de la validité et des effets civils du mariage sera conservée. C'est grâce à elle par exemple, que l'on peut refuser d'admettre en droit séculier la légitimation par le mariage *in extremis* ou par le mariage contracté sans le consentement des parents [2].

Ainsi les prétentions de l'Église en notre matière ne furent pas respectées; sa compétence est ouvertement et continuellement violée depuis le XIV[e] siècle, son autorité législative fréquemment méconnue. Il importe d'avoir présentes à l'esprit ces restrictions, pour ne pas s'exagérer l'importance des règles ecclésiastiques sur la matière de la légitimation.

Il n'y en a pas moins une théorie canonique de la légitimation, qui mérite d'être étudiée pour elle-même et pour l'influence qu'elle a exercée sur les diverses législations séculières.

1. Les canonistes tiennent le mariage pour valable, mais c'est seulement « *ad effectum fœderis et vinculi* : neantmoins pour ce qui est de droit civil comme sont les successions, les solemnitez accoustumées sont requises », *Quest. et Rép. 28*. — On peut citer des arrêts qui suivent cette doctrine : arrêt de 1577 décidant que le contrat de mariage est nécessaire (Lebrun, p. 25), de 1588, refusant, contrairement au droit canonique, d'admettre la légitimation, quand il y a eu un mariage légitime intermédiaire (Rep. de Charondas, XIII, 422).

2. Déclaration de 1639, art. 5 et 6. Lebrun, p. 25, I, II, I, 1.

CHAPITRE II

LA LÉGITIMATION PAR MARIAGE SUBSÉQUENT

§ I. *Droit romain.*

Le droit romain classique a, sur la question des enfants nés hors mariage, des principes très simples : jamais aucun lien légal ne peut les unir à leur père ; quant à leur mère, ils ont vis-à-vis d'elle exactement la même situation que les enfants légitimes, ils sont ses cognats, ce qui, à la fin de l'époque classique, leur donnera certains droits de succession. On a caractérisé exactement les principes du droit romain classique, en disant qu'il ne connaît que des pères légitimes et que des mères naturelles [1]. Sans doute depuis Auguste le concubinat est devenu un fait juridique, reconnu au moins par la loi pénale ; mais quelles que soient les divergences de vues sur cette question discutée du concubinat, une chose est certaine : aucun lien de filiation ne rattache dans cette union l'enfant au père. La loi civile l'ignore.

Tel fut le droit jusqu'au IVe siècle ; mais sous les empereurs chrétiens des changements importants se produisent, la loi commence à reconnaître le lien, qui unit à leur père les enfants nés hors mariage. C'est dans cette période qu'apparaît en particulier la légitimation par mariage subséquent.

Si l'on cherche sous quelle influence de telles transfor-

1. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 181.

mations ont pu se produire, on songe immédiatement à l'influence de l'esprit chrétien et de l'Église. Il importe donc tout d'abord de rechercher, quelle était, sur cette question de l'union libre et des enfants nés hors mariage, l'opinion chrétienne avant et après la reconnaissance officielle de l'Église.

L'Église avant les empereurs chrétiens peut naturellement sur la validité d'une union se trouver en désaccord avec la loi civile. Cela sera même encore possible au Bas Empire, par exemple au cas de second mariage après divorce.

Une union, qui n'était pas un mariage au point de vue civil, pouvait donc être considérée comme créant entre les concubins des obligations morales et religieuses, c'est-à-dire en somme comme étant un mariage au point de vue religieux.

Ainsi le mariage d'une clarissime avec un non sénateur lui faisait perdre sa dignité; aussi les unions entre personnes de classes différentes étaient-elles souvent de simples concubinats; de même l'union d'un libre et d'une esclave ou de deux esclaves ne saurait être un mariage, c'est une union libre. Dans tous ces cas cependant des chrétiens pouvaient se considérer comme unis par un lien aussi fort que celui du mariage légal. Il semble bien que telle était l'opinion du pape Calliste [1], bien que nous ne la connaissions qu'à travers un pamphlet qui attaque violemment ses doctrines [2]. Les

1. De Rossi. *Bull. di archeologia christiana 1866. Dei matrimonii civilmente nulli da Callisto riconosciuti validi*, p. 23, 24 et 25. Cf. Meyer, *Das römische Konkubinat*, p. 65.

2. Hippolyt. *Refutat. omnium hæresium*, IX, 12, cité par Meyer, n. 122. *Migne Patrol.* XVI, 3886-7 (donné comme d'Origène). Meyer cite aussi un texte de Tertullien *ad uxorem II, 8* (Migne, I, 1415) » Nonnullæ (femmes païennes) se libertis et servis suis conferunt, omnium hominum existimatione despecta, dummodo habeant a quibus nullum impedimentum libertatis suæ timeant. Christianam fidelem fideli re minori nubere piget, locupletiorem futuram in viro paupere, nam si pauperum sunt regna cœlorum, plus dives in paupere inveniet majore dote. » Ce texte montre seulement que les chrétiennes n'avaient pas oublié tout amour de l'argent et que les païennes s'unissaient à des esclaves, mais on ne peut dire que Tertullien recommande aux femmes chrétiennes l'union avec leurs esclaves. Le texte est hors de la question.

canons de saint Hippolyte, qui sont du IIIe siècle, considèrent le concubinat monogame comme aussi indissoluble que le mariage — c'est-à-dire sauf le cas d'adultère — surtout lorsqu'il en est né un enfant [1].

Telle était et telle devait être la conception des chrétiens avant le triomphe du christianisme. L'important pour eux n'est pas de savoir si, aux yeux du monde, telle ou telle femme doit être traitée avec les honneurs dûs à la *matrone*, si les fêtes ordinaires, d'ailleurs païennes, ont accompagné la formation de l'union, s'il y a eu constitution de dot, ce qui était, sinon une condition, du moins une preuve du mariage; l'important était de connaître les vrais sentiments, que doivent avoir les uns envers les autres les personnes engagées dans une union charnelle. Au fond le concubinat c'est une union avec une femme de la basse classe, et c'est précisément pour ces humbles, qu'est fait le christianisme primitif; il devait considérer leurs unions comme égales aux autres.

De tels sentiments auraient pu amener à réclamer certains droits pour les enfants illégitimes ou tout au moins pour quelques-uns d'entre eux, mais ils ne durèrent point.

Le point de vue devait changer rapidement; une doctrine se modifie toujours en passant de l'opposition au gouvernement, de la théorie à la pratique. Le christianisme officiel, celui qui anime les empereurs, a pour les contrats consacrés par le droit civil et pour la hiérarchie sociale plus de respect. Le premier empereur chrétien maintiendra et fortifiera les lois contre les mésalliances [2], si contraires aux doctrines primitives ci-dessus indiquées. Les idées chrétiennes sur le concubinat devaient nécessairement se modifier. La condamnation du concubinat est formulée par les Pères de l'Église de cette époque.

1. Haneberg, *Canones sancti Hippolyti*, p. 72, c. XVI. « Si christianus postquam cum concubina speciali vixit, quæ ex ipso peperit filium, illa spreta (aliam feminam) ducere vult, est occisor hominis, nisi forte in fornicatione illam deprehenderit. » Esmein, *Mariage II, 109*.

2. Constantin, C. J. V, XXVII, 1.

M. Meyer affirme, il est vrai, que saint Augustin, dont nous avons des textes intéressants sur la matière, ne condamne que le concubinat *temporarius et dividuus,* et qu'il autorise le concubinat durable et monogame [1]. Cette façon de comprendre saint Augustin ne semble pas admissible. Quand il dit : *christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit*, il vise bien, comme le montre M. Esmein [2], le concubinat que le droit romain considérait comme licite. Sans doute il vient de parler de l'homme qui a eu une concubine avant son mariage, d'un concubinat temporaire par conséquent. Mais que lui dit-il? Qu'il ne doit pas quitter sa concubine pour prendre une femme légitime, ce qui serait en effet reconnaître l'union libre? Non, mais qu'il ne faut pas avoir de concubine avant de se marier, et que, d'une façon générale, il a toujours été et sera toujours défendu d'avoir une concubine [3]. Un prêtre de nos jours ne s'exprimerait pas d'une façon différente; comment conclure de là que saint Augustin autorise le concubinat?

Saint Augustin, dans un autre texte, admet la concubine monogame au baptême [4]. Mais ce n'est point une approbation du concubinat, c'est une indulgence envers une femme de classe inférieure, qui n'a peut-être pas pu se soustraire aux désirs d'un maître et de qui, dans tous les cas, il ne dépend pas d'être épousée. Cette indulgence, tout le monde ne la partageait pas et saint Augustin lui-même exprime son sentiment de façon fort dubitative [5].

1. Meyer, *Konkubinat*, p. 162.

2. *Mariage*, II, 112, n. 1.

3. *Sermon 289 Append*. Migne, XXXIX, 2292, « Multi virorum ante nuptias concubinas sibi assumere non erubescunt, quas post aliquos annos dimittant et sic postea legitimas uxores accipiant..... temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit. »

4. *De fide et operibus c. 19*. « De concubina quoque, si professa fuerit nullum se alium cognituram, etiamsi ab illo cui subdita est dimittatur, merito dubitatur, utrum ad percipiendum baptismum debet admitti. » Esmein, *Mariage*, p. 110.

5. Meyer cite encore un autre texte de saint Augustin (*de bono conjugali* c. 3), mais ce texte est étranger à la question. Saint Augustin ne se demande

On pourrait citer d'autres textes en faveur de cette manière de voir et en particulier les constitutions apostoliques, où il est dit que le chrétien vivant avec une concubine doit l'abandonner si elle est esclave, l'épouser si elle est libre [1].

Un seul texte semble, pendant toute cette période de l'empire chrétien, reconnaître formellement le caractère licite du concubinat, c'est le fameux canon du 4e concile de Tolède de l'an 400 : *Is qui non habet uxorem et qui pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur : tamen ut unius mulieris aut uxoris aut concubinæ sit conjunctione contentus.*

Ce texte est de 400 ; l'empereur vient, en 397, de revenir aux sévères dispositions de Constantin sur les enfants naturels et le concubinat [2]; faut-il y voir une protestation officielle de l'Église? Cela est peu probable, étant donné l'état d'esprit que nous connaissons [3].

Il ne faut pas d'ailleurs faire dire au texte plus qu'il ne dit en effet. Réfrénant sans doute le zèle de certains évêques, les Pères du concile leur disent de ne pas aller jusqu'à excommunier celui qui vit avec une concubine unique. Cela ne veut pas dire que le concubinat est permis, encore moins qu'il constitue une union légale inférieure, comme on l'a dit. Même si l'on considère ce texte comme une preuve d'indulgence envers le concubinat, on ne saurait aller jusqu'à dire que l'Église a dû pousser à des mesures favorables à l'union libre. Si nous en rencontrons au Bas Empire, nous ne pourrons les attribuer à l'influence chrétienne.

Quant aux enfants naturels, question connexe à la précédente, l'Église, qui condamne le concubinat, ne doit pas être favorable à un relèvement de leur situation. En tous cas, on

pas ici quelle est la valeur du concubinat, mais si une union contractée *solius concubitus causa,* et non *liberorum querendorum causa,* est vraiment aux yeux de l'Église un mariage.

1. Esmein, *Mariage*, II, 111.

2. Cf. infra, p. 114, n. 3.

3. On cite encore un texte faussement attribué à Isidore et dont nous ignorons la provenance. Il paraît être une glose du concile de Tolède. c. 5. D. 54. Esmein, p. 110.

ne saurait citer aucun texte en ce sens. Ceux qui, en très grand nombre, affirment que l'enfant n'a pas à souffrir des fautes paternelles, se placent au point de vue purement religieux de la responsabilité morale [1].

Nulle part ne se voit dans les Pères de l'Église la préoccupation d'améliorer au point de vue temporel la situation des enfants illégitimes. Quelquefois nous voyons souhaiter que le concubinat se transforme en mariage (ce qui montre bien encore que l'Église considère le concubinat comme un état irrégulier et blâmable) [2], mais précisément il n'est jamais question dans ces textes de la présence des enfants. Il y a même un pape, qui englobe dans la même réprobation le concubinat et les enfants naturels qui en naissent.

L'évêque de Narbonne, Rusticus, avait posé à saint Léon le Grand (pape en 440) une série de questions, auxquelles celui-ci répond dans une de ses lettres, qui nous ont été conservées. La quatrième question est intitulée : *de presbytero vel diacono qui filiam suam virginem illi viro in conjugem dederit qui jam habebat conjunctam mulierem ex qua etiam filios susceperat;* la sixième : *de his qui mulieres ex quibus filios habent, relinquant et uxores accipiant.*

La réponse du pape est bien connue, les canonistes la citent fréquemment pour définir le concubinat : *non omnis mulier juncta viro uxor est viri, quia nec omnis filius hæres*

1. Voir au Décret de Gratien, D. 56. On a fait remarquer avec raison que, si l'idée de l'égalité des hommes, de la vanité des distinctions sociales est une idée profondément chrétienne, le christianisme ne demande pas l'égalité civile, comme le montre clairement son attitude vis-à-vis de l'esclavage. (Janet, *Histoire de la science politique,* I, 291 à 298). C'est pourquoi il n'y a pas contradiction entre les textes affirmant que la faute des parents ne retombe pas sur les enfants, et ceux qui, comme on va le voir, enveloppent dans la même réprobation les enfants naturels et leurs parents.

2. S[t] Augustin. *De bono conjugali,* ch. 14, n° 17. Migne, XL. « Posse sane fieri nuptias ex male conjunctis, honesto postea placito consequente, manifestum est ». De même le texte attribué à S[t] Ambroise, *Sermo,* LII, 9. Migne, XVII, 735. « Mulier igitur tua, si talibus moribus prædita est, ut mereatur consortium, mereatur et nomen uxoris; præsta concubinæ tuæ libertatem et nomen uxoris, ne tu sis adulter potius quam maritus ». Dans le même sens le texte des Const. Apostoliques cité plus haut.

est patris... aliud uxor, aliud concubina. Et il cite le texte de la Genèse : *Ejice ancillam et filiam ejus* [1]. Sans doute l'homme peut épouser sa concubine en l'affranchissant, si elle est esclave, et en faisant un *instrumentum dotale* et une célébration publique ; mais le pape ne le lui conseille pas, car chasser de son lit l'esclave et y admettre la femme ingénue, ce n'est pas, alors même qu'il y a des enfants, se rendre coupable de bigamie, mais commencer de vivre honnêtement [2].

On peut conclure qu'il s'était formé dans l'Église, depuis sa reconnaissance officielle, une opinion nettement hostile au concubinat, et qu'il n'y existait point d'opinion favorable aux enfants illégitimes. Quelle influence pourront avoir de telles idées sur la législation de l'empereur qui les adoptera? Elles amèneront nécessairement à la condamnation du concubinat et, ce qui en est la conséquence logique, aux mesures de rigueur contre les enfants naturels. C'est, en effet, ce que fera Constantin aussitôt arrivé au pouvoir.

Constantin, sur l'esprit duquel l'influence chrétienne est certaine [3], prend vis-à-vis des enfants naturels et du concu-

1. Genèse, XXI, 10.

2. St Léon. Ep. 147, *Migne*, LIV, 1205. « De his qui mulieres ex quibus filios habent relinquant et uxores accipiant. — Resp. quia aliud nupta, aliud concubina, ancillam a toro abjicere et uxorem certæ ingenuitatis accipere non duplicatio conjugii, sed profectus est honestatis ».

3. Les idées personnelles de Constantin importent peu. Burckhardt croit qu'il ne fut qu'un ambitieux, qu'on perd son temps à chercher, quels furent ses sentiments religieux, attendu qu'il n'en eut pas (*Die Zeit Constantin's*, p. 347). Boissier est d'un avis différent (*La fin du paganisme*, p. 25 sqq.). A peine Constantin est-il maître de Rome qu'on le voit s'occuper des intérêts des chrétiens; « il veut qu'on respecte toutes les religions, mais il a la sienne » (Boissier, *op. cit.*, p. 32). Il s'efforce de convertir, il fait des sermons (*id.*, p. 71). Que l'on interprète comme l'on voudra, tous ces faits certains, que l'on dise avec Burckhardt, que les édits manifestant des sentiments religieux ne sont pas des œuvres personnelles de l'empereur, qui laissait grande liberté pour les rédiger aux prêtres de son entourage; que l'on remarque en même temps qu'il resta longtemps encore attaché au paganisme, puisqu'il fut toujours grand pontife; il n'en reste pas moins, que sa législation fut, dans une large mesure, inspirée des idées nouvelles et rédigée sous l'influence des évêques. Ce sont

binat trois mesures importantes. Il déclare les enfants incapables de succéder [1]; il crée, à titre de mesure temporaire, la légitimation par mariage subséquent [2]; il sévit contre les mésalliances [3]. Nous possédons un fragment de la première constitution, un document imitant la seconde, et la troisième en entier. Ces trois dispositions sont en étroite corrélation et sont inspirées du même esprit.

L'empereur frappe d'incapacité les enfants naturels. Jusqu'alors ils étaient vis-à-vis de leur père des étrangers, maintenant ils sont dans une situation pire. Leur filiation est établie non point à leur avantage, mais contre eux.

L'empereur s'irrite aussi contre les mésalliances; il ne veut point d'unions entre la noblesse impériale ou municipale [4] et les affranchies ou même les ingénues de la basse classe, femmes de théâtre, filles d'auberge, marchandes publiques, filles de *leno* ou *d'arenarius*, toute *humilis* ou *abjecta persona*. Il ne faut point que les enfants nés de telles unions puissent soit à titre d'enfants légitimes, soit à titre d'enfants naturels, hériter de la fortune de leur père. Le mariage est nul, donc pas d'enfants légitimes, pas de succession *ab intestat*; les enfants sont des enfants naturels et, comme tels, frappés des incapacités que nous connaissons, donc pas de donation entre vifs ni de succession testamentaire [5]. Tout détour, toute interposition de personne est soi-

évidemment ces idées nouvelles qui sont cause de l'abrogation en 320 des lois d'Auguste sur le célibat (Burckhardt, p. 367; C. J., VIII, LVIII.) Il me semble impossible d'attribuer une autre cause aux lois qui veulent supprimer le concubinat. Cf. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 265. — Cuq., *Institutions juridiques des Romains*, II, 716.

1. C. Th., IV, VI, 2. ao 336. Voir la restitution du début du texte dans la note de l'édition Hœnel.

2. Mentionné par Zenon, C. J. V, XXVII, 5.

3. C. J. V, XXVII, 1. ao 336.

4. « Senatores vel perfectos vel quos in civitatibus duumvirilitas... » C. J. h. t. 1.

5. « Ita ut quidquid talibus liberis pater donaverit (seu illos legitimos, seu naturales dixerit) totum retractum legitimæ soboli reddatur, aut fratri, aut sorori, aut patri, aut matri. » Id.

gneusement prévu et déjoué [1]. Les parents, et, à leur défaut ou en cas de complicité de leur part, le fisc hériteront des biens donnés ou légués à ces incapables. Et l'empereur sera inexorable, aucune faveur ne sera accordée, aucun rescrit ne sera rendu — comme cela était possible — pour déclarer exceptionnellement le mariage valable et les enfants légitimes [2].

Ainsi Constantin poursuit de sa pieuse haine l'union libre et les enfants qui en naissent. Ses sentiments ne sont point douteux. Pourquoi donc a-t-il inventé, à titre de mesure temporaire, la légitimation par mariage subséquent, qui semble bien une faveur faite aux enfants naturels? On ne le comprendra bien qu'en rapprochant cette mesure des deux précédentes et surtout de la première. C'est une disposition transitoire de la loi qui frappe de déchéance les enfants naturels. Le législateur dit aux concubins : je veux faire disparaître l'usage immoral du concubinat, dorénavant il vous sera interdit de rien donner ou laisser à vos enfants naturels; que ceux qui n'ont point encore d'enfants, y songent et se marient; quant à ceux qui en ont déjà et qui n'ont pu prévoir les déchéances qui les frappent, qui peut-être se seraient mariés, s'ils les avaient connues, des dispositions transitoires sont prises en leur faveur. Ces dispositions, on pouvait les concevoir de deux façons : ou bien les déchéances légales n'auraient frappé que les enfants conçus après la promulgation de la loi, ou bien, et c'est la conception qu'adopte l'empereur, le mariage contracté après coup aura un effet rétroactif et rendra les enfants légitimes.

1. « Sive itaque per ipsum donatum est, qui pater dicitur, vel per alium sive per interpositam personam; sive ab eo emptum vel ab alio, sive ipsorum nomine comparatum... » Id.

2. « Si ... susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio judicio (sans doute par adrogation) aut *nostri prærogativa rescripti...* » Id. Il y a des exemples de ces rescrits, qui sont de lointains antécédents de la légitimation par rescrit du prince de Justinien; Marc Aurèle et Verus légitiment un enfant né d'une union incestueuse, Dig. XXIII, II, 57, § 1. Exemples de dispenses demandées à l'empereur pour contracter mariage, C. J. V, IV, 23, § 3. Cf. Pitzorno. *Legitimazzione*, p. 14 et 15.

Sans doute nous ne possédons point la constitution dont on vient de parler, et nous en jugeons par celle de Zénon, qui prétend la reproduire. Mais son caractère et son allure générale semblent pouvoir être assez nettement déterminés. L'empereur ne veut plus de concubinat, il conseille, j'allais dire il ordonne, aux concubins de régulariser leur situation [1].

Ainsi la légitimation temporaire de Constantin n'est pas une mesure de bienveillance envers les enfants naturels, elle est une partie de sa législation contre le concubinat et les enfants naturels.

Mesure temporaire, la légitimation par mariage subséquent disparaît, mais les principes posés par Constantin demeurent. La filiation des enfants naturels est reconnue par la loi à leur détriment et non à leur avantage. Ils ne sont plus des étrangers, ils sont incapables de succéder [2]. La législation postérieure n'aura d'hésitation que sur l'étendue de cette incapacité. Trois fois on apportera des adoucissements à la législation de Constantin, trois fois on reviendra à la rigueur primitive de l'incapacité absolue [3]. Le principe qui s'établit définitivement fut celui de l'incapacité limitée. Une constitution de Valentinien III et Théodose II fixera jusqu'à Justinien la législation sur ce point.

En 443 apparaît une seconde espèce de légitimation, la

1. C. J. V, xxvii, 5, Zeno. « Divi Constantini (qui veneranda Christianorum fide romanum munivit imperium) super ingenuis concubinis ducendis uxoribus.... constitutionem... »

2. En même temps Arcadius et Théodose effacent le lien de cognation qui unit à la mère les enfants incestueux. C. J. V, v, 6.

3. Valentinien, Valens et Gratien (371) : en présence de descendants ou ascendants, la concubine et les enfants naturels ensemble peuvent avoir 1/12 entre vifs ou à cause de mort, en l'absence de descendants ou ascendants 1/4 (C. Th. IV, vi, 4). — Arcadius et Honorius (397) reviennent à l'incapacité absolue (C. Th. IV, vi, 5). — Arcadius, Honorius et Théodose II (405) rétablissent à peu près la législation de 371 (C. Th. IV, vi, 6 ; C. J. V, xxvii, 2). — Valentinien III et Théodose II remettent en vigueur les lois de Constantin (C. Th. IV, vi, 7). Les mêmes empereurs enfin, en 428, laissant exclue la concubine, reviennent pour les enfants naturels à la législation antérieure. Voir sur tout ce mouvement Meyer, *Konkubinat*, p. 128 sqq.

légitimation par oblation à la curie [1]. Théodose II et Valentinien III permirent aux parents d'appeler leurs enfants naturels à leur hérédité en en faisant des curiales, à deux conditions seulement : qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes et que les enfants, objet de la légitimation, y consentent [2]. Un peu plus tard Léon et Anthemius accordent aux enfants ainsi légitimés un droit de succession ab intestat [3]. Les empereurs ont fait taire ici leurs scrupules moraux. Ils accordent le droit de légitimité aux enfants malgré leur naissance hors mariage, malgré la mésalliance de leur père, car même les enfants d'une affranchie peuvent être légitimés par ce moyen [4]. Scrupules religieux, moraux et sociaux disparaissent devant la nécessité de peupler les curies, que la règle de l'hérédité des fonctions ne suffit pas à maintenir au complet. Ce n'est pas une mesure prise en faveur des enfants naturels, c'est une exploitation, dans l'intérêt des finances publiques, de l'affection paternelle. On ne peut dire encore que l'esprit de la législation ait changé.

C'est à partir de la fin du v[e] siècle que cet esprit va changer. Encore les changements ne se produiront-ils ni tout d'un coup, ni surtout sans résistances.

La constitution de Zénon de 477 [5] appartient-elle à cette seconde période ? Elle me semble indiquer une époque de transition. On la connaît déjà, puisqu'elle reproduit la constitution de Constantin. C'est donc une mesure essentiellement temporaire, comme elle ; mais, par les circonstances dans lesquelles elle intervient, peut-être convient-il de lui attribuer un autre caractère et de voir ici le début de ces sentiments pitoyables aux enfants naturels, qui se manifesteront bientôt plus nettement.

1. Meyer, p. 135, § 43.
2. C. J. V, xxvii, 3.
3. C. J. V, xxvii, 4.
4. Ce n'est pas encore une vraie légitimation, en ce sens que l'enfant ainsi légitimé n'entre pas dans la famille de son père, ne devient pas l'agnat de ses agnats et le cognat de ses cognats. Cf. Meyer, p. 138.
5. C. J. V, xxvii, 5.

La mesure de Constantin était en effet nécessitée, on peut le dire, par le changement de législation, qui frappe d'incapacité les enfants naturels. Le fait qu'en dehors de ces circonstances on renouvelle la même faveur, indique un nouvel esprit. La crainte des incapacités, dont la loi frappe les enfants illégitimes, n'avait pas suffi à les empêcher de naître. Et en présence de cette situation, entendant sans doute les réclamations des parents, qui demandaient, comme une faveur individuelle, à l'empereur la permission de léguer leurs biens à leurs enfants [1], Zénon se laisse aller à une mesure générale, mais toujours temporaire. Tous les enfants conçus avant la constitution pourront être légitimés par le mariage postérieur de leurs parents. C'est une amnistie [2].

Cet esprit nouveau de bienveillance, encore timide chez Zénon, se manifeste chez Anastase, qui, en 517, organise comme mode perpétuel la légitimation par mariage subséquent [3]. En l'absence d'enfants légitimes, le père pourra, en épousant la mère, même si elle est une affranchie, et en rédigeant des *pacta dotalia*, pour bien marquer le changement de situation, faire de ses enfants des enfants légitimes. C'était une mesure grave, car, comme le dit très bien M. Meyer [4], c'était ouvrir la porte toute grande au concubinat, que l'on avait jusqu'alors combattu. En même temps Anastase permet l'adrogation des enfants naturels, qui était au moins implicitement interdite par les dispositions de Constantin.

1. C'est ce que semble indiquer la dernière phrase : « nec audeant quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut justi ac legitimi postea videantur, magnopere postulare ».

2. Peut-être contient-elle une disposition nouvelle pour permettre le mariage à ceux qui, ayant eu des enfants, ne peuvent se marier à cause des lois contre les mésalliances. Il y a telle phrase de la constitution, qui semble devoir s'expliquer ainsi (tam conjugium legitimum cum hujusmodi mulieribus ingenuis (ut dictum est) posse contrahere). Il serait inutile de dire que le mariage sera valable, si la constitution ne visait précisément des unions en principe interdites. L'empereur ne met à cette faveur qu'une restriction, il faut que la femme soit ingénue.

3. C. J. V, xxvii, 6.

4. Meyer, *Konkubinat*, p. 141.

Jamais on n'avait été si favorable au concubinat et aux enfants illégitimes. Il y eut vraisemblablement une résistance sérieuse, semblable à celle que nous sentirons à toutes les mesures favorables de Justinien. La morale religieuse offensée inspira à Justin les dispositions pieuses qui rejettent, sans espoir d'en sortir, dans la situation inférieure où leur naissance les a placés, les enfants naturels.

La législation d'Anastase ne dura pas deux ans. Justin l'abroge, sa piété le lui commande [1]; c'est la seule constitution sur la légitimation, dans laquelle les motifs religieux soient mis en avant, et c'est celle qui a pour but de la supprimer. Justin ne va pas toutefois jusqu'à donner à sa disposition un effet rétroactif; les mariages accomplis tant avant qu'après la loi d'Anastase et jusqu'à la date de sa propre constitution, produiront leurs effets. Même les adoptions et adrogations antérieures seront respectées, bien que, ajoute l'empereur, il y ait des discussions possibles sur ce sujet, au moins pour les adoptions et adrogations antérieures à la loi d'Anastase. Mais dorénavant ni par adoption, ni par mariage subséquent on ne pourra rendre *sui* les enfants naturels. Aucun moyen nouveau d'arriver à ce résultat ne sera accordé ; il est indigne et impie de vouloir protéger le vice [2].

Mais cet état du droit ne durera pas longtemps. Voici venir la législation Justinienne éminemment favorable aux concubines et aux enfants naturels. L'esprit nouveau qui animait déjà Anastase, va inspirer définitivement le droit impérial [3]. C'est lui qui va faire entrer pour toujours dans

1. « Resecandam pia suggerit ratio ». C. J. h. t. 7.

2. « Flagitiis præsidia quaerere », id.

3. A en croire Justinien lui-même, qui fait l'historique de la législation du Bas Empire sur les enfants naturels (Nov. 89 præf.), leur situation eût été en s'améliorant depuis Constantin, qui, le premier, commença de s'en occuper. Mais cela est évidemment inexact ; on le voit en reprenant les phases de cette évolution avec Justinien lui-même. « Alii quidem et dari et relinqui aliquid eis a patribus concedentes »; or nous savons que somme toute le droit chrétien n'a fait que restreindre le droit illimité, que le droit païen

la législation romaine la légitimation par mariage subséquent, créer la légitimation par rescrit du prince, fortifier la légitimation par oblation à la curie. Mais on comprendrait mal les dispositions qui sont l'objet principal de la présente étude, si on ne les replaçait au milieu des autres dispositions prises par Justinien en faveur des enfants naturels [1]. Elles se groupent sous deux chefs. D'abord il augmente la capacité d'hériter des enfants naturels, et il le fait progressivement, comme s'il n'osait pas leur donner d'un seul coup la situation favorable qu'il leur souhaite. En 528 il permet de leur donner la moitié du patrimoine, au cas où il n'y a pas d'enfants légitimes, il permet au grand-père de donner à son petit-fils naturel [2]. En 539, il est permis au père, en l'absence d'enfants légitimes, de donner toute sa fortune aux illégitimes; il peut aussi leur nommer un tuteur [3]. Mais l'empereur va plus loin encore; dès l'année 536 il a donné aux enfants naturels un droit de succession ab intestat qu'il confirme en 539 [4]. En outre une obligation alimentaire est née entre parents et enfants.

Justinien ne réserve ses rigueurs qu'à une catégorie d'enfants naturels, les enfants incestueux et adultérins. Pour ceux-là leur situation est on ne peut plus rigoureuse; on ne peut rien leur laisser, ils n'ont droit à rien, même à des aliments. Le lien même de cognation est brisé entre eux et leur mère, quand celle-ci est une *illustris mulier* depuis Arcadius et Honorius, et Justinien ne revient pas là-dessus [5].

laissait aux pères de s'occuper de leurs enfants naturels. « Aliqui autem adinvenientes modum per quem naturali jure priore liberati legitimi fierent ». Mais la légitimation par mariage subséquent n'était qu'une mesure temporaire et nous savons quel esprit fit inventer la légitimation par oblation à la curie. Tout le mouvement favorable aux enfants naturels date de Justinien lui-même, et il eût dit avec plus d'exactitude : on commença de s'occuper des enfants naturels sous Constantin et de leur être favorable sous Justinien.

1. Cf. Meyer, *loc. cit.*, 144 sqq.
2. C. J. h. t. 8.
3. Nov. 89, 11.
4. Nov. 74 et 89.
5. Cf. supra p. 114, n. 2.

Ceci est un sacrifice à l'esprit chrétien, mais l'empereur a réagi au contraire contre lui, en ce qui concerne les autres enfants et cela se marque surtout dans ses mesures législatives sur la légitimation. Il a complété la légitimation par oblation à la curie et il en a créé deux autres.

Il a complété la légitimation par oblation à la curie en ce sens qu'au lieu de faire de l'enfant un simple *successor legitimus patris*, il en fait un enfant *in potestate* [1]. Il n'alla pas cependant jusqu'à lui donner les liens d'agnation et de cognation avec les parents de son père. Mais il élargit le champ d'application de cette légitimation en la permettant même en présence d'enfants légitimes [2], en permettant aux enfants naturels, après la mort de leur père, de se faire inscrire eux-mêmes à la curie, pour lui succéder, s'il n'y a pas d'enfants légitimes [3], en autorisant enfin à légitimer ainsi même le fils de l'esclave [4]. Mais il n'y a pas lieu d'insister sur cette légitimation; à cause de l'intérêt fiscal en jeu, on ne saurait y voir une manifestation d'esprit favorable aux enfants nés hors mariage.

La légitimation par rescrit n'est qu'un complément de la légitimation par mariage subséquent, qu'elle est destinée à remplacer, lorsque celle-ci est impossible, soit parce que la concubine est morte, soit parce que la situation sociale des concubins fait obstacle au mariage (quand fut créée cette nouvelle légitimation, les empêchements pour cause de mésalliance n'avaient pas encore été supprimés, ils ne le furent qu'en 542). Elle est possible, si le père adresse une demande à l'empereur, et seulement en l'absence d'enfants légitimes. Si le père n'a pas sollicité cette faveur durant sa vie, il peut le faire par testament, en instituant ses enfants [5].

L'œuvre la plus importante est celle qui se rapporte à la

1. Meyer, *loc. cit.*, p. 103.
2. C. J. V, XXVII, 9, § 8.
3. Nov. 89, 2, § 1.
4. Nov. 89, 2, § 3.
5. Nov. 74, 1 et 79, 9.

légitimation par mariage subséquent. Justinien, reprenant la pensée d'Anastase, en fait un remède permanent à la situation des enfants naturels. Il abolit la constitution de Justin en maintenant seulement l'interdiction de l'adrogation des enfants illégitimes. Il préfère évidemment la réparation plus complète du mariage, mais, comme celle-ci n'est pas toujours possible et quelquefois pas souhaitable, à raison de la personnalité de la femme, il crée, pour la remplacer, la légitimation par rescrit[1].

Cette légitimation par mariage subséquent, il la comprend d'ailleurs plus largement que ses prédécesseurs. Elle sera possible même si la femme est une affranchie, il suffit même

1. M. Pitzorno a voulu démontrer qu'avant Justinien, il n'y a pas eu de vraie légitimation, même temporaire.

La constitution de Constantin, dont parle Zénon, n'aurait pas créé un moyen de rendre les enfants naturels *sui ac legitimi*; elle aurait seulement autorisé la transformation en mariage du concubinat avec une femme ingénue, et donné quelques droits de recevoir aux enfants nés d'une telle union. La preuve en serait : 1° que Justinien ne parle pas de Constantin comme d'un précurseur de la légitimation, et 2° que la c. 1. h. t., qui est de 336, ne fait aucunement allusion à un moyen de légitimer les enfants.

La première raison n'est pas suffisante; la mesure de Constantin, disposition transitoire d'une législation hostile aux enfants naturels, ne méritait pas tant d'honneur. La seconde ne prouve rien, la constitution de 336 n'ayant pas du tout occasion de nous révéler l'existence d'un moyen de légitimation antérieur et transitoire, qui n'a rien à voir avec la prohibition des mésalliances, dont cette constitution s'occupe.

Zénon, qui reproduirait la première partie des dispositions de Constantin sur la possibilité du mariage avec la concubine, modifierait sur le second point les droits héréditaires des enfants, leur donnant, mais toujours à titre provisoire, un droit de succession ab intestat. Ce n'est pas encore un moyen de rendre les enfants *sui ac legitimi*, le seul moyen pour cela étant, comme les derniers mots de la constitution le prouvent, la faveur impériale.

Mais la faveur impériale, dont parle Zénon, est supposée demandée précisément pour les cas où le premier moyen, celui du mariage subséquent reste inopérant. Rien dans les termes de la constitution n'autorise la restriction, d'ailleurs peu claire, que M. Pitzorno veut y apporter. Enfin la constitution d'Anastase ne viserait pas une légitimation par mariage subséquent, que par suite Justin n'aurait pas à abolir, mais seulement l'adoption, l'adrogation et le rescrit impérial. Mais s'il en était ainsi, on ne comprendrait pas ce que veut dire dans la susdite constitution la phrase qui mentionne le mariage avec la concubine. Il faut reconnaître d'ailleurs que le texte est peu clair et sans doute altéré. Cf. Pitzorno, *Legitimazzione*, p. 23 sqq.

qu'elle ait été libre soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance de l'enfant [1], il n'exige que la confection des *pacta dotalia* et la possibilité du mariage au moment de la conception [2], ce qui exclut les adultérins, les incestueux et, jusqu'en 542, ceux qui n'ont pas ensemble le *connubium*. Les premières constitutions sont muettes sur une condition qu'exigeait encore Anastase, l'absence d'enfants légitimes, la législation postérieure la supprime expressément en 535 [3].

Puis, en 539, Justinien permet aux sénateurs le mariage avec les affranchies à condition de faire des *pacta dotalia* [4], et même, en 542, avec les *abiectæ personæ* [5], ce qui élargit le champ d'application de la légitimation par mariage subséquent. Même, en 536, l'empereur permet de légitimer des enfants, qui sont nés esclaves, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes [6].

On voit la progression des idées de Justinien à mesure que le temps s'écoule. Il est de plus en plus favorable aux enfants naturels, il autorise la légitimation d'une façon de plus en plus large.

Il est intéressant de savoir de quelles idées il s'inspire. Nous avons vu que c'étaient les idées religieuses, qui guidaient son prédécesseur Justin dans une direction tout opposée. Nous ne nous étonnerons pas de ne voir jamais Justinien invoquer des motifs religieux. Les préambules de ses constitutions ne visent que des principes philosophiques sur l'égalité naturelle de tous les hommes et les relations de

1. C. J. h. t., 11, § 4. Nov. 89, 8, § 1.
2. C. J. h. t. 10 pr.; 11 pr. et § 2. Inst. I. x, 13.
3. Nov. 12, 4. D'après Meyer ce silence des premières constitutions de Justinien indique qu'il adoptait les conditions antérieures de la légitimation (p. 145). Il vaut mieux en croire Justinien lui-même, qui dans la Nov. 12 ne fait point du droit nouveau, mais déclare interpréter ses premières dispositions. En ce sens Wolf, *Die legit. per subs. matr.*, p. 19.
4. Nov. 78, 3.
5. Nov. 117, 6.
6. Nov. 78, 4.

parenté naturelle. De même qu'en droit naturel tous les hommes sont libres, de même tous les enfants sont légitimes, c'est-à-dire rattachés à leur père par le lien de la filiation. On reconnaît là la continuation du mouvement, qui amenait à reconnaître la parenté du sang à côté de la parenté légale, qui, dans le système définitif de Justinien, devait mettre la *cognatio* sur le même rang que l'*agnatio* [1].

Les faveurs faites aux enfants naturels et la légitimation par mariage subséquent sont donc une suite logique de l'évolution de tout le droit du haut empire et une réaction contre les sévérités, que les nouvelles idées religieuses avaient inspirées aux empereurs chrétiens. Ces idées, qui animaient encore Justin, vont d'ailleurs continuer à se manifester sous le règne de Justinien dans la résistance de la doctrine et de la jurisprudence.

La législation nouvelle rencontra en effet une très sérieuse opposition. Le nombre seul des constitutions sur la matière le montrerait, si l'empereur ne le disait lui-même. L'opposition se manifesta dès sa première constitution. La loi 10 au Code, de 539, supposait dans son exposé des motifs, que des enfants étaient nés après le mariage, qui légitimait leurs aînés. Justinien avait voulu montrer ainsi quelle injustice il y avait à traiter différemment des enfants du même père et de la même mère. Une doctrine hostile en avait conclu que

1. Dans sa première constitution (C. J. h. t. 10), le motif indiqué est l'égalité, qui doit naturellement régner entre enfants du même père et de la même mère, sans distinguer s'ils sont nés avant ou après le mariage. Dans la Nov. 18, 5, pour donner aux enfants illégitimes un droit de succession, l'empereur se base sur le droit naturel (ad solam naturam clemens). Il dit clairement dans le préambule de la Nov. 89 : « Nos enim duplex habuimus studium, et plurimos in libertatem perducere homines ex priore servitute et ex naturalibus ad legitimos elevare » : Nov. 74, 1 « neque enim a principio, quando sola natura sanciebat, hominis (antequam scriptæ provenirent leges) fuit quædam differentia naturalis atque legitimi, sed antiquis parentibus antiqui filii mox ut procedant, flebant legitimi. Et sicut in liberis natura quidem liberos fecit omnes, bella vero servitutem adinvenerunt, sic etiam hinc natura quidem legitimas produxit soboles, attamen ad concupiscentiam diversio naturales eis immiscuit. »

le mariage subséquent ne produirait point ses effets, si après le mariage des enfants légitimes ne venaient à naître. Justinien, l'année suivante, est obligé d'expliquer nettement ses intentions, pour couper court à cette interprétation restrictive, « à cette inutile subtilité [1] ».

La jurisprudence ne désarma pas encore au moins dans certaines parties de l'empire [2]. En 537 Justinien doit renouveler ses explications. Dans ses constitutions précédentes il n'avait pas mis comme condition à la légitimation l'absence d'enfants légitimes, il n'y avait pas lieu de l'exiger, mais elle figurait dans les lois abrogées de ses prédécesseurs, et une interprétation systématiquement restrictive prétendait la maintenir. La Constitution de 535 doit déclarer expressément qu'aucune condition de ce genre ne peut être exigée [3].

La novelle 18 fait encore allusion aux « doutes malveillants », à « l'ingénieuse mauvaise foi des commentateurs ». L'empereur doit déclarer expressément que la légitimation par mariage subséquent est ouverte même aux affranchies [4].

Ainsi la législation favorable aux enfants naturels, et en particulier la légitimation, nous apparaît comme le terme

1. C. J. h. t. 11 (530) « quorum supervacuam subtilitatem penitus inhibendam censemus. »

2. « In quibusdam gentibus » Nov. 12, 4. Justinien luttera encore dans d'autres constitutions contre cette interprétation hostile. (Nov. 89 licet postea non nascantur filii). La persistance de cette erreur et l'acharnement que mit Justinien à la dissiper, fait songer qu'il se heurtait peut-être à quelque idée juridique profondément enracinée dans une partie de la population de l'empire (in quibusdam gentibus). On sait que dans beaucoup de législations barbares, certains effets au moins du mariage sont subordonnés à la naissance d'un enfant. (Brunner, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das Vermögenrecht. Zeitsch. der Sav. Stiftung G. A. XVI*, 563). Faut-il voir ici la persistance d'une de ces coutumes barbares que Mitteis a étudiées? (*Reichsrecht und Volksrecht*).

3. Nov. 12, 4.

4. « Maligne dubitatur, maligne interpretantium calliditatem. » La nov. 19 est encore destinée à briser cette résistance par de nouvelles explications : « sed quoniam quidam post has nostras claras leges audaci mente n stram præsumpserunt male interpretari legislationem et sensum, tertiam coacti sumus exponere constitutionem. »

logique de l'évolution des idées de droit naturel, qui avaient largement inspiré les jurisconsultes classiques et comme une réaction contre les préoccupations de morale religieuse, qui régnèrent presque sans interruption de Constantin à Justinien.

Mais j'ai parlé jusqu'alors des enfants illégitimes ou naturels au sens large du mot. On attache plus souvent aux mots *liberi naturales,* comme aux mots *concubinatus* et *concubina,* un sens étroit et technique. Le droit impérial de l'époque chrétienne aurait fait du concubinat une sorte d'union légale inférieure, qui seule donnerait naissance à des *liberi naturales*, auxquels les faveurs légales seraient réservées. Un examen rigoureux des textes paraît devoir faire abandonner cette conception, qui remonte aux plus anciens commentateurs du droit romain.

Et d'abord le concubinat envisagé comme une sorte d'union légale inférieure, et créant un certain lien de filiation entre le père et les enfants, c'est une notion qu'aurait pu avoir Justinien, mais qui est nécessairement étrangère à ses prédécesseurs. Ceux-ci ont en effet visiblement poursuivi l'union libre de leur haine. Or, c'est dans les constitutions de ces mêmes empereurs, que l'on trouve les expressions, qui ont fait croire à l'existence de cette notion. C'est dans deux lois de Théodose et Valentinien qu'il est question d'*inæquale conjugium* et de *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii* donnant naissance à des enfants naturels. Quelle est donc à cette époque [1] la situation *privilégiée* faite à ces enfants naturels issus d'un *quasi-mariage?* Ils sont frappés d'une incapacité de recevoir de la part de leur père, c'est à ce seul point de vue que la loi les connaît.

Il faut donc que les expressions indiquées aient un autre sens que celui qu'on leur a donné, elles ne sauraient indiquer une union qui, inférieure au mariage, serait supérieure aux simples relations passagères.

1. Vers 442.

Théodose et Valentinien parlent dans la loi 3 de celui qui veut offrir à la curie ses enfants nés *ex inæquali conjugio* [1]. Je ne crois pas qu'on puisse traduire *inæqualis* par *inférieur*, *non égal*, sous-entendu : aux *justæ nuptiæ*. Le mot signifie bien mieux un mariage, dans lequel les deux parties ne sont pas égales, une union entre personnes de conditions différentes. On objectera qu'une telle union ne peut s'appeler *conjugium*, puisque, aux termes des lois sur les mésalliances, elle constitue un mariage nul. Mais le texte vise sans doute l'hypothèse fréquente, dont parle Constantin; on songe à ceux qui ont de fait contracté un mariage nul pour cause de mésalliance. Voilà pourquoi *inégal* et voilà pourquoi *mariage*. Il s'agit d'un mariage, mais d'un mariage nul. Constantin nous le dit : les parties contractaient mariage, prétendaient donner le nom de légitimes aux enfants qui naissaient de ces unions; mais le mariage est nul, parce qu'il est *inæqualis* [2].

Le second texte [3], émanant des mêmes empereurs, devrait dans l'opinion commune, être ainsi traduit : « Nous décidons que l'on appellera enfants naturels ceux qui seront nés d'une union légitime hors mariage. » La *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii* serait le concubinat, qui n'est point un mariage, mais qui néanmoins est une union légitime produisant des effets juridiques. Mais une traduction précise dit simplement qu'il s'agit d'une « union légitime, à laquelle fait défaut la célébration du mariage ». Qu'est cette célébration? Il s'agit ici évidemment des fêtes qui accompagnent le mariage et de la rédaction de l'*instrumentum dotale*. Ces formalités étaient certainement exigées par les mœurs, la loi même leur donne une certaine importance,

1. C. J. h. t. 3.
2. Id. l. 1. « Quidquid talibus liberis pater donaverit (seu illos legitimos seu naturales dixerit). »
3. C. Th. IV, vi, 7. « Naturalium nomen sancimus imponi iis quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos legitima conjunctio fuderit in lucem. »

sinon comme solennités nécessaires à l'existence du mariage, du moins comme preuve [1]. Une autre constitution de la même époque et des mêmes empereurs nous le montre. Sans *donatio*, disent-ils, sans *dotis instrumentum*, sans *pompa*, il y a néanmoins mariage entre personnes d'égale condition; donc, au moins entre *impares honestate personas*, il est nécessaire, au point de vue de la preuve, de rédiger un *instrumentum dotale* et de faire les cérémonies d'usage [2].

Il est donc déjà naturel de penser que notre texte, qui parle de *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii*, vise une hypothèse de ce genre. Il s'agit d'un mariage, *conjunctio legitima*, les parties ont eu l'intention de contracter mariage, mais c'étaient des personnes *impares honestate* et, faute de la *celebratio*, le mariage est nul et les enfants sont illégitimes.

Cette interprétation paraîtra encore beaucoup plus vraisemblable, si l'on remarque que les deux textes de Théodose et Valentinien semblent la suite naturelle l'un de l'autre et pourraient bien être des fragments d'une même constitution. Ils examinent à eux deux successivement trois hypothèses : dans une union entre personnes d'*égale condition* et quand d'ailleurs aucun empêchement n'existe, l'absence du contrat de mariage et des cérémonies nuptiales n'empêche pas le mariage d'être valable [3]. Deuxième hypothèse : en cas

1. De bonne heure apparaît cette notion, qu'au moins entre *impares honestate personas* il n'y a pas mariage, s'il n'y a *dos* et *pompa* (C. J. I, IV, 21, 426. C. Th. IV, VI, 7. C. J. V, IV, 22, 428). Vers 440, saint Léon considère que là où ces formalités manquent il y a concubinat et non mariage. Cf. supra, p. 110. Sur la législation de Majorien (458, nov. 1) qui exige la *dos* à peine de nullité, son abrogation par Sevère (463), et les influences orientales, cf. Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 225.

2. C. J. V, IV, 22.

3. C. J. V, IV, 22. « Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri : *inter pares honestate* personas, nulla lege impediente consortium quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur. »

d'union entre *personnes inégales* (je restitue ici ce que le texte mutilé ne nous dit pas), il n'y a pas mariage sans *celebratio matrimonii* et les enfants sont naturels [1]. Troisième hypothèse : avec une *esclave* le mariage est toujours impossible et les enfants naissent esclaves [2].

Il résulte de là que l'on n'oppose pas une *legitima conjunctio*, union libre légitime, quasi-mariage, à une autre union libre non reconnue par la loi, mais au mariage d'une part et au *contubernium* de l'esclave de l'autre, que l'on ne distingue pas, sous le nom d'enfants *naturels*, les enfants nés d'une union libre favorisée des enfants illégitimes nés d'une autre union libre ne présentant pas les mêmes caractères, mais des enfants légitimes d'une part et des enfants de l'esclave de l'autre [3]. Le concubinat, c'est simplement l'union hors mariage, l'enfant naturel, c'est simplement l'enfant illégitime.

Et l'on chercherait vainement dans d'autres textes la notion technique et étroite du concubinat et de l'enfant naturel, que nous n'avons pas trouvée dans les constitutions de Théodose et Valentinien.

Bien des textes opposent les *spurii* aux *naturales,* mais les *spurii* sont ou les enfants nés *ex damnato coïtu* ou ceux qui, *vulgo concepti*, n'ont point en fait et par la force même des choses de filiation certaine. La novelle 89 de Justinien, qui passe en revue toutes les catégories d'enfants légitimes et illégitimes, ne donne point place à des enfants illégitimes privilégiés, qui seraient les enfants naturels nés du concubinat. Il examine d'abord les enfants légitimes, puis les enfants naturels, leurs modes de légitimation et leurs droits

1. C. Th. h. t. 7. « Naturalium nomen sancimus imponi iis quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos legitima conjunctio fuderit in lucem. »

2. Idem. « servos autem ex ancillæ utero ipso jure generatos. »

3. Les enfants dont on dit qu'ils ne portent point le nom de naturel, bien que, en droit naturel, tous les enfants méritent ce titre, ce sont ces derniers les enfants esclaves, qui sont *corpus hereditatis,* une part de l'hérédité. « Et quamvis per vim naturæ ne illis quidem (les *servi* dont on vient de parler) possit naturalium nomen auferri, in hereditatis tamen cor... »

successoraux, enfin les enfants qui ne sont même pas dignes du nom d'enfants naturels et dans cette catégorie il range seulement ceux entre les parents desquels le mariage était impossible, soit à raison de la parenté (*incesti*), soit à raison de leur condition sociale (*damnati*), soit à raison d'un mariage antérieur (adultérins, *nefarii* [1]). Donc entre les enfants *ex damnato coïtu* et les enfants naturels il n'y a pas place pour des enfants illégitimes, qui ne seraient point des enfants naturels et qui seraient nés d'une union non condamnée par la loi.

Mais cela ne veut pas dire qu'aux différents points de vue de la succession testamentaire, de la succession ab intestat, de la légitimation, on traite de même tous les enfants naturels. Il n'y a point de conception générale d'une classe d'enfants privilégiés, comme on vient de le voir, mais il peut y avoir des distinctions particulières. On verra par exemple que tel bâtard est admis à la succession testamentaire ou à la légitimation, qui ne l'est point à la succession ab intestat. Il faut examiner successivement les trois hypothèses.

Au point de vue de la succession testamentaire le problème se pose ainsi : quels sont les enfants que Constantin a rendus totalement incapables de recevoir et auxquels on a rendu depuis une capacité partielle? Pour qu'il y eût une différence en faveur des *filii naturales* (au sens étroit du mot), il faudrait que, la constitution de Constantin ayant frappé

1. Nov. 89, 15. « Omnis qui ex complexibus (non enim hæc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a patribus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium ». Il est facile de déterminer le sens de ces trois termes : *incesti* est clair, *damnati* vise bien les unions défendues pour cause de mésalliance, car Justinien, à propos de cette mention, déclare abolie la constitution de Constantin, *nefarii* se trouve ainsi désigner presque nécessairement l'adultère. Rapprochez de la loi 23, § 7, V, IV, C. J. de Justinien qui, parlant des unions interdites, vise également les *nefarii* à côté des *incesti* et des unions défendues par une loi spéciale. Tous les enfants qui ne sont ni adultérins ni incestueux, ni le fruit d'une mésalliance, sont donc des enfants naturels.

d'incapacité tous les enfants illégitimes, ses successeurs n'aient rendu une capacité restreinte qu'aux seuls enfants du concubinat. Rien de tout ceci n'apparaît dans les textes; Valentinien, Valens et Gratien parlent de l'enfant naturel né d'une union avec une femme quelconque [1]. Pour interpréter ces mots comme visant l'enfant du concubinat au sens technique, il faudrait avoir établi que *filius naturalis* désigne exclusivement l'enfant de la concubine, ce qui n'est point. La prohibition de Constantin étant générale [2], ses successeurs devaient, s'ils ne voulaient rendre la capacité diminuée qu'à une certaine catégorie d'enfants illégitimes, le dire d'une façon bien nette et établir une opposition claire entre ces privilégiés et les autres. Ils ne le font pas; et quand Arcadius et Honorius dans un accès de sévérité veulent revenir à la rigueur constantinienne, ils parlent eux aussi de la façon la plus générale de l'exclusion des *filii naturales* [3]. Donc au point de vue de la succession testamentaire, il est impossible d'établir une différence juridique entre les enfants nés des diverses unions libres. Il reste seulement une différence de fait, qui est toute à l'avantage des *spurii sine patre*; ceux dont la filiation est en fait incertaine, ne sauraient être frappés d'une incapacité de recevoir de la part de leur père; mais on peut les frapper dans leurs rapports avec leur mère, car la filiation maternelle peut être connue là où la filiation paternelle est ignorée; Justinien brisera le lien de filiation entre les *spurii sine patre* et leur mère *illustris* [4].

Il n'en est plus du tout de même au point de vue de la succession ab intestat. Justinien a ici une conception très spéciale, qui se rapproche un peu de la notion de l'enfant naturel reconnu du droit français. Il y a donc ici deux caté-

1. « Si ex consortio cujuslibet mulieris naturales susceperit » C. Th. h. t. 4.
2. On ne comprendrait pas qu'elle ne le fût point. Quelle raison y avait-il de faire aux *spurii* une situation privilégiée?
3. « Exclusis naturalibus filiis » C. Th. h. t. 5.
4. C. J. VI, LVII, 5.

gories d'enfants illégitimes (outre les enfants *ex damnato coïtu*), aussi Justinien a-t-il bien soin de les opposer l'une à l'autre et de bien indiquer que les uns jouissent de faveurs légales et que les autres en sont exclus [1]. Il veut que l'union soit monogame et que la femme soit entretenue dans la maison avec les enfants. Il veut surtout que le père ait traité ses enfants comme tels, les ait en fait *reconnus*. Les enfants n'auront des droits de succession ab intestat que si le père garde la mère avec lui ou, — si, avant la mort du père, la cohabitation avait cessé soit par le prédécès de la concubine, soit par une séparation — si le père les a gardés avec lui à la maison [2]. C'est en somme le fait d'élever les enfants, qui constitue de la part du père une sorte de reconnaissance tacite.

Il n'est pas besoin de chercher bien loin les raisons, qui ont fait adopter des solutions différentes pour la succession testamentaire et pour la succession ab intestat. Quand le père fait un testament en faveur de ses enfants naturels, il montre assez, par là même, qu'il entend les reconnaître ; sinon la loi exige, pour donner aux enfants un droit aux biens paternels, que cette intention de les reconnaître se soit manifestée clairement d'une autre manière [3].

Les mêmes raisons n'existent point de se montrer sévère pour la légitimation. Le fait même d'épouser la mère montre assez quels sont les sentiments de l'homme envers celle qu'il

1. « Talibus enim solis hæc sancimus, ubi omnino indubitatæ sunt sive concubinæ in domo habitæ, sive naturalium ibidem proles ». Nov. 18, 5.

2. « Sit autem ei domi donec vivit libera mulier in habitu concubinæ cum eo degens et filii ex ea..... Et hæc dicimus si uni concubinæ cohabitaverit et filios ex ea habuerit, aut præcedente concubinæ morte forsan aut divisione, filii domi sint. » Id.

3. C'est dans ces textes et surtout dans la nov. 18, qu'on cherche d'ordinaire la conception qu'avait Justinien du concubinat et de l'enfant naturel. Et l'on applique ce que l'empereur a dit pour la succession ab intestat, à la succession testamentaire et à la légitimation. C'est l'erreur commise par les plus anciens romanistes, qui ne permettent la légitimation que s'il y a eu *concubina retenta in domo*. M. Meyer fait encore cette confusion *loc. cit.*, p. 154 et 155.

épouse, et qu'il la juge au moins aussi digne de son affection que la concubine *retenta in domo* ; il manifeste nettement ainsi l'intention de garder la femme et d'élever les enfants, cela suffit. Tandis que Justinien dit clairement et avec sa prolixité habituelle, qu'il n'accorde pas le droit de succession ab intestat à tous les enfants illégitimes, les textes ne font, en ce qui concerne la légitimation, aucune distinction, aucune opposition de ce genre. On ne connaît en cette matière, à côté de l'enfant légitime, que trois catégories d'illégitimes : l'enfant *ex damnato coïtu*, qui ne peut être légitimé, parce que lors de sa conception le mariage était impossible entre son père et sa mère, les *spurii*, qui, ne connaissant point en fait leur père, ne peuvent être l'objet d'une légitimation, et les autres enfants simplement naturels.

Le terme dont Justinien se sert le plus souvent dans ses nombreuses constitutions, pour désigner l'union dont est né l'enfant à légitimer, c'est *consuetudo*. Ce terme évidemment ne désigne pas un coït passager, mais ce n'est pas non plus un terme technique désignant une certaine union libre avec des caractères précis. Comment Justinien si prolixe, qui a consacré à la légitimation tant de textes législatifs, n'aurait-il pas fait quelque part une distinction, une opposition entre les unions qui peuvent aboutir à un mariage subséquent et à une légitimation et les autres ? Comment n'aurait-il pas défini la *consuetudo* [1] ?

La novelle 74 suppose qu'un père veut légitimer ses enfants et ne juge pas la mère, à cause de son passé sans doute, digne du nom d'épouse. Cela ne suppose-t-il pas que, quelle qu'ait été la nature des relations avec la femme, l'enfant peut être légitimé par le mariage subséquent? Il s'agit d'une liaison, dans laquelle l'enfant fut un accident, que le père veut bien réparer par la légitimation, mais non par le mariage [2].

1. Ce qui rendrait le mieux cette idée en français, c'est le mot vulgaire de *collage*.

2. Nov. 74 pr. § 1. « Ea autem quæ sunt mulieris, non erant omnino sine peccato, neque dignam eam existimavit legitimo nomine ». Ceci me semble

Donc quand l'empereur parle de *consuetudo*, il se place, semble-t-il, au point de vue de l'hypothèse la plus fréquente. Combien de fois arrivera-t-il qu'un enfant né d'un coït passager connaisse son père, ne soit pas un *spurius sine patre*, ou, si par hasard la filiation est établie, que le père veuille le légitimer en épousant la mère? L'enfant qui a une filiation certaine et que l'on peut songer à légitimer par mariage, sera toujours le produit d'une union ayant duré quelque temps. Justinien n'a pas songé à une hypothèse invraisemblable, mais il n'exclut formellement personne du bienfait de la loi.

C'est bien ainsi d'ailleurs, que Théophile comprend la légitimation de Justinien. Il ne fait aucune distinction juridique entre les enfants nés du concubinat et les autres : le fils est naturel, quand le père a eu des relations avec la mère non en tant qu'épouse légitime, mais comme avec une courtisane ou une concubine [1].

Ainsi le droit romain du Bas Empire nous a montré deux périodes, marquées chacune d'une influence bien différente, l'esprit chrétien d'abord, qui poursuit de sa haine l'union libre et les enfants naturels, qui n'admet point la légitimation, si ce n'est comme mesure transitoire dans une loi de déchéance; d'autre part l'influence des théories philosophiques de droit naturel, qui poussent Justinien à améliorer la condition des enfants naturels et à faciliter leur accession à la légitimité [2]. La légitimation n'est pas du tout une institution créée sous l'influence de l'Église et du christianisme et c'est ce qui explique que l'Église ne fera rien

atténuer singulièrement la portée de l'argument tiré de la même nov. pr., où Justinien parle d'une femme « puro adfectu consternatam » (Meyer, *loc. cit.*, 147). D'ailleurs Justinien lui-même ne présume-t-il pas la pureté de cette affection, et que, dès le début la mère était digne du nom d'épouse, chaque fois que l'homme se décide plus tard à l'épouser? (C. J. h. t. 10).

1. « Οὐχ ὡς γαμετῇ, ἀλλ' ὡς πόρνῃ τυχὸν ἢ παλλακῇ ». Théophile, Inst. I, x, 13.

2. M. Meyer a bien vu cette opposition : « so sind die Prinzipien der christlichen Kaiserzeit, wie sie von Constantin zum Ausdruck gebracht wurden, von Justinian vollkommen fallen lassen » (*loc. cit.*, p. 154).

au moyen âge pour l'introduire dans le droit canonique, avant que la renaissance des études de droit romain lui en impose, pour ainsi dire, la reconnaissance.

§ II. — *Des invasions aux Décrétales de Grégoire IX.*

Au moment où, par les invasions, l'Occident fut séparé de l'empire, cette évolution n'était pas encore accomplie. Seule la légitimation de Constantin pouvait être connue dans nos pays. Le code Théodosien, qui la contenait sans doute, est publié en 439 en Orient par Théodose, en Occident par Valennien. En 476 l'empire d'Occident n'existe plus. Théodoric gouverne les habitants de l'Italie suivant les lois romaines. Peut-être la légitimation de Zénon put-elle être connue dans ce pays, mais ce fut tout et cela n'a pas grande importance, puisqu'elle ne fait que reproduire la mesure temporaire de Constantin.

En Gaule en tous cas cette dernière constitution ne fut même pas connue, puisque le droit romain qui y pénétra, fut celui du code de Théodose, connu par l'édition wisigothique du bréviaire d'Alaric du début du VIe siècle.

Le code Théodosien reproduisait sans doute la constitution de Constantin. Elle formait probablement le n° 1 du titre *de naturalibus liberis* [1]. Mais le bréviaire d'Alaric ne la reproduit pas, elle fut considérée sans doute par ses rédacteurs comme un souvenir historique inutile.

Ce que nous ne trouvons pas dans le bréviaire, nous ne le rencontrons bien entendu ni dans les *leges barbarorum*, ni dans la loi romaine des Burgondes [2]. L'édit de Théodoric [3] ne contient non plus aucune trace de la légitimation. La constitution de Zénon eût pu cependant y être connue.

1. Edition Hænel, 376.
2. Qui contient cependant un titre « de naturalibus liberis » (titre 37) M. G. LL. III, 579.
3. M. G. LL, V, 145.

Mais la légitimation justinienne devait nécessairement venir à la connaissance des populations de l'Occident avec les premiers éléments de l'œuvre de Justinien. Il est donc évident à priori que la légitimation a été connue de bonne heure en Italie et même en France.

En Italie, les compilations justiniennes furent promulguées après la conquête byzantine, dans la seconde moitié du VIe siècle, et c'est à cette époque que fut composé, pour les compléter et permettre de connaître aisément les éléments postérieurs de la législation, le recueil des novelles de Julien. Ces novelles de Julien pénétrèrent rapidement en France et y furent, jusqu'au XIIe siècle, à peu près la seule partie connue du droit de Justinien.

Mais c'était suffisant pour que notre institution y pénétrât. Le recueil de Julien contient des extraits de toutes les novelles consacrées à l'interprétation et au développement des premières constitutions du code sur la matière [1]. Or en Italie les novelles de Julien durent être connues dès leur apparition, en France on relève des traces certaines de leur utilisation au plus tard au IXe siècle, dans les faux capitulaires et dans Hincmar de Reims [2].

La question n'est donc pas de savoir, si, avant la renaissance du droit romain et l'adoption de notre institution par le droit canonique, la légitimation fut connue en Italie et en France, mais si elle fut pratiquée. Le problème est naturellement beaucoup plus difficile.

Mais on sait bien que le droit romain appliqué en Italie même fut celui du bréviaire d'Alaric [3]. Pertile croit voir cependant dans les édits de Rotharis et de Liutprand des mentions de la légitimation par mariage subséquent; [4] mais

1. *Epitome Juliani*. Const. 32, 3 (Nov. 12, 4); 34, 11 (Nov. 18, 11); 67, 1 (Nov. 74, p., 1 et 2); 82 (Nov. 89).

2. Konrat. *Geschichte der Quellen und Litteratur des römichen Rechts im früheren Mittelalter*, I. p. 39.

3. Pertile, *Storia del diritto italiano*, I, 117.

4. Pertile, *loc. cit.*, III, 391.

cela paraît fort douteux, car les textes qui disent qu'après le mariage les enfants seront légitimes, s'entendent beaucoup plus naturellement des enfants nés après le mariage [1]. Il n'est question en effet ni de concubinat, ni de naissance d'enfants avant le mariage, mais seulement de l'homme libre qui veut épouser sa propre esclave ou celle d'autrui.

Il est inutile de s'attarder à examiner les mentions de la légitimation dans les ouvrages de droit romain du haut moyen âge. Aussi bien n'est-ce point notre sujet propre et d'ailleurs ces mentions ne prouvent rien [2].

Le *Brachylogus* [3] et le *Petrus* [4] font également mention de la légitimation ; cela prouve que l'institution était connue en France ; mais cela est évident. Le *Brachylogus* est un ouvrage d'école et ne prouve point par conséquent que l'institution fût vivante chez nous.

Le *Petrus* a peut-être un caractère pratique [5]. Ce pourrait être une raison de croire, s'il y avait d'autres textes dans le même sens, que la légitimation a été pratiquée en

1. *Edictus Rotharis* 222 (M. G, LL, III, 54) « Si quis ancillam suam propriam matrimoniare voluerit sibi ad uxorem, sit ei licentiam ; tamen debeat eam libera thingare sic libera quod est wurdibora et legitimam facere per gairthinx. Tunc intelligatur libera et legitima uxor et filii, qui ex ea creati fuerint, legitimi heredes patri efficiantur ». Liutprand n° 106 (id. p. 151) « Si quis aldiam alienam aut suam ad uxorem tollere voluerit, faciat eam widerbora sicut edictus contenit de ancillam. Nam qui sine ipsa ordinatione eam quasi oxorem habuerit, filii qui ex ea nati fuerint, non sint legitimi sed naturalis ». Ces textes ne disent pas nettement qu'il y a des enfants nés avant le mariage. La question reste au moins douteuse. Pitzorno (p. 96) et Kogler (94, 2) pensent aussi qu'il n'est pas question de légitimation.

2. Les gloses anciennes comme la somme de Pérouse et la glose de Cologne mentionnent les textes sur la légitimation et en donnent une courte paraphrase (*Summa Perusiana*. Heimbach. *Anecdota*. II, 72 C. J. V, XXVII, l. 1, 10 et 11. Glose de Cologne sur les Institutes, Konrat *Arch. Giurid.* 1885, p. 110, XVII, 1, 10, 12; XVIII, 1, 10, 12, 13). En revanche des ouvrages faits au IXe s. à l'usage du clergé, comme la *lex romana canonice compta*, les *excerpta* de Bobbio ou de Hænel, ne contiennent rien. (Maassen, *Geschichte der Quellen und Litteratur des can. Rechts*. I, 889, 896, 900.)

3. I, IX, de nuptiis § 13 et 14.

4. I. c. 41. Savigny II, p. 316. Tous deux citent la Const. 32 de l'Epitome.

5. Brissaud, *Manuel*, p. 179.

France (en admettant que l'ouvrage ait été rédigé dans ce pays). Mais outre que le caractère d'œuvre de pratique du *Petrus* est contestable et contesté, ce texte isolé prouverait seulement, qu'il fut fait quelques efforts pour introduire la légitimation dans la pratique.

Nous verrons en effet que les ouvrages canoniques postérieurs ne s'approprient pas les novelles de Justinien, bien que tous traitent avec soin des questions matrimoniales, que la pratique n'offre aucun exemple de légitimation, que des théories en honneur chez des canonistes du xi[e] s. supposent que la légitimation est inconnue.

Alors même que les édits de Rotharis et de Liutprand et le *Petrus* prouveraient que la légitimation fut pratiquée, il faudrait dire ou qu'elle ne put se développer, ou qu'elle fut rapidement oubliée. Il est plus vraisemblable que jusqu'à la fin du xi[e] siècle, jusqu'à la renaissance du droit romain, la légitimation resta une question d'école et une curiosité d'érudit. L'Église, qui n'a rien fait dans le monde romain pour la faire naître, ne fait rien au moyen âge pour l'adopter et la répandre.

Cette indifférence de l'Église en notre matière se démontrera aisément par un rapide examen des documents ecclésiastiques : les actes des papes et des conciles, les pénitentiels, les recueils canoniques, les lettres des personnages ecclésiastiques importants, les traités de droit canonique ou sur un point de droit touchant à notre matière [1].

1. On pourrait alléguer quelques raisons permettant de comprendre que l'Église n'ait rien fait pour la légitimation : 1° les enfants naturels étaient dans le droit franc très aisément élevés, par simple volonté du père, au niveau des légitimes; mais précisément l'influence de l'Église s'est exercée pour combattre cette conception; 2° l'Église avant le xi[e] siècle n'a pas à repousser ou à adopter la légitimation, n'ayant point encore la législation et la juridiction sur le mariage; mais elle avait déjà ses théories sur le mariage et par suite sur la légitimité et travaillait à les faire adopter par le législateur civil, avant d'avoir elle-même conquis la législation sur la matière. D'ailleurs à partir du x[e] siècle l'Église est en possession de la législation en matière de mariage et la légitimation ne sera adoptée par elle qu'au milieu du xii[e] siècle.

Les décrétales des papes ne fournissent absolument rien sur la question avant le XIIe siècle. Aucun décret de concile ne peut non plus être allégué, qui fasse allusion même de loin à la légitimation. Les pénitentiels devraient en parler, car bien des passages visent les rapports de concubinage entre *solutus et soluta*, les textes poussent même dans ce cas au mariage comme à une réparation naturelle [1] ; rien ne fait allusion à la légitimation.

Hincmar de Reims nous a laissé un traité fort important sur le mariage dans son *de divortio Lotharii*. Il y fait bien allusion à la question du mariage avec la concubine, il devrait à cette occasion, s'il le connaissait, citer son effet le plus remarquable, qui est de légitimer les enfants nés antérieurement. Il est visible qu'il ne le connaît pas. Il semble même, comme on le verra plus loin, connaître une théorie qui en est la négation formelle.

Quant aux recueils canoniques, aucun avant celui d'Yves de Chartres n'a reproduit les textes romains sur la légitimation. Ni les faux capitulaires, ni les fausses décrétales, ni Regino, ni Burchard, ni Abbon de Fleury n'en parlent. Ce sont là à la fois des recueils savants et de pratique. Il est remarquable qu'ils soient muets sur notre institution.

Mais il y a mieux pour cette période que le silence des textes, pour prouver que la légitimation n'était pas admise dans le droit canonique; il y a preuve directe de sa non existence dans une théorie qui la suppose nécessairement méconnue.

Plusieurs admettaient en effet un empêchement de mariage résultant du concubinat antérieur. S'il est défendu d'épouser la concubine, il ne saurait être question de légitimation par mariage subséquent.

1. Wasserschleben. *Bussordnungen* p. 334 (*Pen. Pseud. Egberti* IV, 13), 357 (*Pen. Columb.* c. 16), 366 (*Pen. pseud. roman.* II, 12), 574 (*Pen. pseudo Theodori*, I, 13). Il est remarquable que le seul texte qui vise la *fornicatio* allant *usque ad filii generationem*, ne parle pas de mariage (*Pen. Bede* c. 3, 6 et 8 p. 221).

D'après les textes cités par Yves de Chartres on croirait que cette théorie remonte aux Pères de l'Église [1]. Mais saint Grégoire, dont il allègue l'autorité, dit au contraire dans un cas de séduction, que le séducteur doit épouser la jeune fille [2]. Les autres textes visent l'empêchement né du rapt. Les Pères de l'Église ignorent absolument cette doctrine; sans parler d'un texte douteux et déjà cité de saint Ambroise, le texte si souvent allégué de saint Augustin : *Posse sane fieri nuptias ex male conjunctis*, en est la contradiction formelle. On ne peut même alléguer que saint Augustin doit ici affirmer un principe, pour combattre un principe contraire soutenu par des adversaires; ce n'est point une démonstration qu'il fait, mais une allusion à un principe incontesté, après avoir montré combien les relations hors mariage sont condamnables [3].

Mais quand, au IXe siècle, Hincmar de Reims accumule les citations de la Bible et des Pères, pour démontrer qu'on peut épouser sa concubine, il lutte évidemment contre une opinion contraire [4]. Et il est facile de comprendre pourquoi la

1. Ep. 16. *Migne* p. 28. « Litteris vestris per portitorem præsentium nuper ad me directis, humilitatem meam consuluit vestra fraternitas, utrum quis habere possit eam mulierem in conjugem, quam prius habuit pellicem....... Dicit enim beatus Gregorius in epistola ad Felicem Siciliæ episcopum : « Eam quam aliquis aliqua illicita pollutione maculavit, in conjugium ducere nulli christianorum vel licet vel licebit ».

2. Grégoire I. Ep. III. 42. M. G. I, 199. « Quod si verum est, quamvis gravi esset de lege pœna plectendus, nos tamen aliquatenus legis duritiam mollientes huiuscemodi disponendo indulgemus, ut aut quam stupravit uxorem habeat, aut certe si rennuendum putaverit districtius ac corporaliter castigatus excommunicatusque in monasterio, ubi pœnitentiam peragat, retrudatur... » Il est impossible de retrouver le texte de saint Grégoire cité par Yves : le texte que nous venons de citer est précisément emprunté à une lettre à Félix, évêque de Siponto, le texte cité par Yves porte l'adresse *ad Felicem Siciliæ episcopum*. Il y a en effet des lettres de Grégoire I à un Félix évêque de Messine, mais qui n'ont aucun rapport avec notre sujet.

3. Sur toute cette question de l'empêchement naissant du concubinat antérieur, cf. Esmein. *Mariage* I, 209.

4. Hincmar. *De divortio Lotharii et Thetbergæ*. *Migne*, *Patr. lat.* CXXV c. 735. « His scripturarum testimoniis atque sanctorum dictis manifestatur, quomodo concubinam cum qua adulterasse dicitur, si voluerit in conjugium sibi sociare, prævaleat ».

thèse contraire était soutenue par les partisans du roi Lothaire; si l'on ne peut même pas épouser sa propre concubine, a fortiori le mariage avec une femme souillée de relations incestueuses avec un autre doit être réputé nul.

Les pénitentiels, qui en cas de séduction poussent au mariage, n'ont évidemment pas connu cette théorie. Elle ne fut certainement pas universellement répandue. Mais les textes d'Yves de Chartres vont nous montrer qu'elle avait néanmoins une certaine autorité aux yeux de ses contemporains.

D'où vient cette théorie? Peut-être simplement d'une extension de l'empêchement né du rapt; un texte des faux capitulaires assimile déjà la séduction au rapt, ce qui est presque notre théorie de l'empêchement de mariage avec la concubine [1], peut-être aussi du sens large donné au mot *adulterium,* qui comprend parfois toutes les relations hors mariage, ce qui étendait au concubinage l'empêchement naissant de l'adultère.

Quoiqu'il en soit, à l'époque d'Yves de Chartres, cette théorie semble avoir été assez répandue, comme le montrent plusieurs de ses lettres [2]; la plus typique est celle qui répond à une question posée par l'évêque de Meaux : *utrum quis habere possit eam mulierem in conjugem, quam prius habuit pellicem.* La question seule montrerait déjà l'existence de notre théorie, mais la réponse d'Yves est typique. Il est insolite, dit-il, d'épouser sa concubine, mais il ne semble pas que les textes l'interdisent d'une façon unanime. Il y a des textes contraires et des textes favorables et, faisant, comme Gratien, la *concordantia discordantium,* Yves conclut que, suivant la rigueur du

1. « Placuit ut hi qui rapiunt feminas vel furantur aut seducunt, eas nulletenus habeant uxores ». Cap. VII, 395 Baluze I, 1111 ; reproduit par Burchard de Worms IX, 33, Yves de Chartres Decr. VIII, 171, Gratien C. xxxvi, q. II. c. 11. Yves de Chartres cite précisément ce texte également dans la lettre XVI, comme établissant l'existence de l'empêchement dérivant du concubinat. Cf. Duguit. *Rapt de séduction. Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1886.

2. Ep. 16, 148, 155.

droit, l'empêchement existe et que les textes favorables statuent *quorumdam imbecillitati occurrentes*[1]. Ainsi pour Yves de Chartres, dans la rigueur du droit, on ne peut épouser sa concubine[2].

Yves ne concluerait point ainsi, si la légitimation par mariage subséquent était reconnue par l'Église et admise par la pratique. Nous avons le droit d'en conclure que la légitimation, qui ne fut jusqu'au XII[e] siècle, qu'une curiosité d'école, n'est pas, à la même époque, entrée dans le système du droit canonique[3].

Bien que l'on ait depuis longtemps fait justice des légendes anciennes sur la résurrection du droit romain, il n'en reste pas moins qu'il y eut un surprenant réveil, une véritable renaissance, qu'on peut faire dater à peu près du commencement de l'enseignement d'Irnerius, dont l'Université de Bologne célébrait en 1888 le huitième centenaire. C'est le début du XII[e] s., qui marque la renaissance du droit romain et ce sont les nouveaux romanistes, qui imposeront aux canonistes la légitimation romaine. Dans Yves de Chartres ce ne sera encore qu'une citation d'érudit, Gratien l'ignore, mais ses commentateurs la mentionnent et Alexandre III la consacre. Il aura fallu soixante-quinze ans de renouveau romaniste, pour que l'Église se décide à adopter la légitimation.

1. « Quod idcirco vobis videtur illicitum, quia apud vos hactenus fuit insolitum ». Cette théorie de l'empêchement naissant du concubinat est combattue, semble-t-il, par l'église romaine. « Quod Rogerius Romanæ ecclesiæ legatus hanc consuetudinem Silvanectis asseruit et hoc posse fieri beati Augustini sententia confirmavit ». Ep. 16.

2. Dans le Pannormie (VI, 45) et dans le Décret (VIII, 10) il se prononce cependant contre l'existence de l'empêchement.

3. Nous avons cité et discuté, dans la première partie, un concile de Meaux de 845, excluant du clergé les enfants nés du rapt, même si leurs parents contractent mariage après. Pitzorno y voit une preuve que l'Église n'était pas favorable à la légitimation (p. 150), mais à la vérité les enfants nés après le mariage ne sont pas beaucoup mieux traités, et il y a là un mariage, qui, bien que strictement valable, est vu d'un mauvais œil par l'Église. On sait que le rapt est devenu un empêchement dirimant. Il n'y a donc rien à tirer de là. Cf. supra, p. 6.

Notre matière, en effet, est naturellement traitée dans les premières sommes du Code et d'abord dans celle d'Irnerius, qui expose en quelques lignes les différents modes de légitimation [1]. A peu près à la même époque dans notre pays, Yves de Chartres — on sait qu'il fut des premiers en France à avoir une connaissance plus étendue des textes romains — insérait dans ses deux collections des textes sur la légitimation empruntés aux Institutes et aux Novelles [2].

On vient de voir d'ailleurs que la légitimation n'était ni pratiquée, ni adoptée par le droit canonique, puisqu'Yves admet encore une théorie, qui en est la négation. Et cependant lui-même insérait dans ses recueils les textes romains, qui consacrent notre institution. Rien ne montre mieux que la légitimation n'est pas encore sortie des écoles, pour se répandre dans la pratique.

Aussi le Décret de Gratien n'en parle-t-il pas. Gratien ne travaille pas comme Yves de Chartres et les auteurs des collections canoniques antérieures; il ne donne guère que des textes d'origine ecclésiastique, Pères de l'Église, canons de conciles et lettres de papes. Il écarte les textes romains. Ne trouvant aucun texte canonique sur la légitimation, qui n'était point encore matière de droit canonique, il ne pouvait en parler.

L'occasion cependant ne lui eût pas manqué de la mentionner dans un *dictum*, par exemple sur le texte de saint Ambroise : *præsta concubinæ tuæ libertatem et nomen uxoris* [3], ou encore quand il se demande si l'on peut épouser

1. « Permissum est quidem concubinam unicam et in domo habere maxime propriam libertam vel alienam et ideo hic crimen stupri cessat. Naturales autem sui et in potestate efficiuntur si curie dantur, item si cum matre eorum legitimum matrimonium contractum fuerit, dotalibus tamen instrumentis compositis; quo casu et hii qui ante nati fuerint et posteriores legitimi et in potestate fiunt... » (Irnerius, *Summa Codicis*, ed. Fitting, p. 155, V, 18). — Cf. encore *Summa Rogerii* (éd. Gaudenzi, 99, V, 21), qui reproduit exactement Irnerius.

2. Décret VIII, 32 (Inst. III, I, 2); VIII, 34 (Nov. Jul. 32, 3); VIII, 36 (Nov. Jul. 67, 1); XVI, 141.

3. C. 32, q. 4, c. 9.

l'adultère ou la *meretrix* [1]. Il avait encore une bonne occasion de citer la légitimation par mariage à propos du texte de saint Augustin : *posse sane fieri nuptias ex male conjunctis*, qu'il commente ainsi : *perhibens concubinam posse transire ad honestum placitum nuptiarum* [2].

Du moins se prononce-t-il pour la validité du mariage avec la concubine. Il ne semble même plus que cette question fasse doute.

La légitimation n'a donc point fait encore son entrée dans le droit canonique, mais rien ne s'y oppose plus, puisque la possibilité du mariage avec la concubine est nettement reconnue. Les études de droit romain la font de mieux en mieux connaître, l'adoption de la légitimation par le droit canonique va se faire bientôt dans les sommes sur le Décret de Gratien, puis, presque aussitôt, par deux décrétales d'Alexandre III.

La somme de Paucapalea est muette sur la question, celle de Roland aussi, et cependant ce Roland sera le pape Alexandre III, qui, le premier, consacrera officiellement la légitimation par mariage. Mais Étienne de Tournay la mentionne peu de temps avant le pontificat d'Alexandre [3]. Il se réfère d'ailleurs au droit romain et pour lui la légitimation est certainement une matière de droit civil. Il énumère tous les modes de légitimation, même ceux qui ne peuvent rien avoir de canonique, il y joint les dispositions romaines sur les droits successoraux des enfants naturels, ce qui est, à meilleur titre encore, du pur droit séculier [4].

1. C. 31, q. 1, c. 2.

2. C. 31, q. 1, c. 2 dictum.

3. Cela résulte de cette phrase : « hodie in contrarium agit romana ecclesia, nam prius vivus eligitur quam mortuus sepeliatur » (sur D. 79, c. 7,.p. 109). En effet, avant Alexandre III et pendant 24 ans ce fut l'usage. Mais précisément en 1159, le pape Adrien IV étant mort le 1er septembre, les cardinaux ne se réunirent que le 5, après son enterrement, qui eut lieu le 4. *Summa Stephani Tornacensis*, éd. Schulte. Introduction.

4. *Stephani Tornacensis Summa*, C. 32, q. 2, p. 244, c. 12. « Sicut naturales, de concubina scilicet nati, qui nec sui nec legitimi heredes sunt, nec patri

Ainsi c'est du droit romain, des ouvrages des romanistes que la légitimation passe dans les canonistes du XIIe siècle. Mais après avoir été mentionnée par eux comme une matière de droit civil, elle sera reconnue par les décrétales des papes, et alors commencera véritablement l'histoire de la légitimation canonique; elle est alors matière de droit ecclésiatique, on commente non plus seulement les constitutions, mais les décrétales ; un développement particulier, original sur plusieurs points, devient possible.

Je ne crois pas qu'aucun acte papal antérieur au pontificat d'Alexandre III ait fait application de la légitimation [1].

Les deux décrétales d'Alexandre III sont des réponses. La première est certainement une décision rendue sur plainte de l'intéressé [2], pour la seconde il y avait eu certainement question posée par l'évêque lui-même [3].

Ainsi il y avait alors un mouvement général en faveur de

succedunt, nisi cum et ipsi facti forte legitimi fuerint, vel per principem, vel quia curiæ traduntur a patre, vel quando pater matrem eorum dotalibus instrumentis confectis uxorem duxit. Potest tamen pater naturalibus filiis et matri eorum in testamento substantiæ suæ relinquere tantum unciam.... »

1. Il est peut-être une décrétale d'Adrien IV (1156-1159), qui semble connaître la légitimation. Le pape défend au comte Geoffroi d'épouser, même après la mort de sa femme légitime, celle avec laquelle il a des relations adultères, et il ajoute, ce qui semble une conséquence de ce que le mariage est impossible, que les enfants sont en droit civil des *spurii* et ne pourraient jamais avoir l'hérédité paternelle. Veut-il dire que, non seulement le mariage n'est pas possible, mais que même les enfants ne sont pas légitimables? Cela reste très douteux : « nunquam sit liberum, legitima etiam uxore defuncta, eam sibi matrimonio copulare; quos ex adultera in adulterio procreavit, qui spurii a jure censentur, decernimus perpetuo paterna hereditate carere. » *Mansi*, XXI, 829. Jaffé, *Reg.*, II, 10, 468.

2. c. *Conquestus*, 1, X, IV, XVII, sans adresse. « R. patruus mulieris eam exhæredare conatur, eo quod ante desponsationem matris suæ nata fuerit, licet postea pater mulieris præfatæ matrem ipsius acceperit in uxorem. »

3. c. *tanta vis*, 6, X, eod. C'est le plus fameux. Il est adressé à l'évêque d'Exeter; on en trouve le texte complet dans l'Append. ad concil. Lateranense III, 31, 1 (*Mansi*, XXII, p. 388). Mais de ce qu'elle est reproduite dans l'App. je ne crois pas qu'on puisse conclure, comme fait Kogler, p. 96 et 153, qu'elle fut écrite à la suite du concile. Friedberg la date simplement des dates du pontificat d'Alexandre, 1159-1181.

la légitimation : on aura l'occasion de le constater dans le droit séculier. Les études romanistes avaient appelé l'attention sur elle; on se demandait si l'on devait la considérer comme toujours en vigueur; les bâtards cherchaient à s'en prévaloir devant les tribunaux naturellement compétents en matière de légitimité, les tribunaux ecclésiastiques. Les juges hésitaient; c'est ainsi que la question fut portée jusqu'au pape, et le pape répondit que la légitimation existait toujours, que l'antique institution romaine n'avait rien perdu de sa valeur.

Comme il s'agit néanmoins, en fait sinon en théorie, de droit nouveau, le pape dans le cap. *conquestus* prévoit des difficultés du côté de la justice laïque, et que l'on ne voudra point accorder au légitimé la succession qu'il réclame. Il ordonne à l'évêque, pour faire triompher la légitimation, d'employer les armes ecclésiastiques [1].

Mais théoriquement il n'y a point de nouveauté; aucun texte proprement législatif n'intervient, pour adopter officiellement dans le droit canonique et en conformité avec les principes de l'Église, la légitimation par mariage subséquent. Elle est considérée comme n'ayant jamais cessé d'être en vigueur, comme s'imposant avec sa force de loi romaine; c'est l'institution romaine qui est toujours vivante.

Seulement, du fait même de sa reconnaissance par l'Église, elle va devenir matière de droit canonique, du jour surtout où les décrétales d'Alexandre III auront été insérées dans des recueils officiels, ce qui leur donnera proprement une valeur législative, et qu'elles feront l'objet des commentaires des canonistes.

Pendant quelque temps encore cependant, et à peu près jusqu'aux Décrétales de Grégoire IX, la légitimation apparaît chez bien des canonistes comme une pure institution

1. Le c. *tanta vis* est adressé à un évêque anglais. On sait que la légitimation par mariage subséquent fut définitivement repoussée par le droit anglais. Il y eut cependant des essais d'application, mais on peut supposer que les résistances furent plus grandes qu'ailleurs.

du droit civil. C'est au droit romain que se réfère Huguccio, et non aux Décrétales du pape Alexandre [1].

Mais les décrétales d'Alexandre furent immédiatement insérées dans les collections canoniques ; l'*Appendix ad concilium Lateranense* donne le texte intégral de la décrétale *tanta vis*. Elles sont reproduites dans la plupart des autres compilations [2], en particulier dans la *Compilatio prima* et de là dans les Décrétales de Grégoire IX.

Bernard de Pavie, dans la somme qu'il écrivit sur la *compilatio prima*, qui est son œuvre, s'attache à bien mettre en lumière l'institution ressuscitée. Dans le titre *qui filii sint legitimi*, rubrique qu'a gardée le titre correspondant des Décrétales, on traite, dit-il dans la *continuatio titulorum, qui sint legitimi et qualiter, si qui non sunt legitimi, fiant legitimi*. Et Bernard s'appuie non seulement sur le droit romain, mais sur le droit canonique, citant à la fois les Institutes et les décrétales [3].

La période d'incubation de notre institution est désormais terminée : nous arrivons aux Décrétales de Grégoire IX et avec elles à ce que l'on peut appeler l'époque classique du droit canonique. Mais auparavant il peut être utile de montrer, en sortant un peu de l'étude du droit canonique, comment, à l'époque même où les canonistes recevaient des mains des romanistes la légitimation et allaient en faire une matière de droit ecclésiastique, celle-ci semble vouloir s'in-

1. Huguccio sur le c. 12. C. 32. q. 2. « Nati vero de concubinatu nec legittimi heredes patris... nisi facti sunt legittimi vel per principem, vel quod matrem eorum duxit in uxorem postea vel alio modo legittimationis *secundum leges humanas* » (Bib. nat. lat. 3891, f° 257 r° col. 1). Rufinus postérieur cependant à Alexandre III et à Étienne de Tournai ne mentionne pas la légitimation.

2. On trouve la décrétale *tanta vis* dans les collections Cantabrigiensis, Parisiensis I, Lipsiensis, Bambergensis (Friedberg. *Die Canonensammlungen*, 1897).

3. Sur le titre IV, XVIII, de la *Compilatio prima*, qui deviendra le IV, XVII, dans les Décrétales de Grégoire IX (Ed. Laspeyres 1860), sur le c. 2 « solutus ex soluta filios genuit, deinde ipsam uxorem accepit, præstans concubinæ nomen uxoris, filii legitimi efficiuntur ut in Inst. de Nupt. § ult. et infra eod c. 1 et c. *tanta*, item si offerat filium curiæ... »

troduire directement, et sans passer par le canal du droit canonique, dans la législation séculière.

Avant le milieu du XIIe siècle, trop tôt pour que l'on puisse supposer qu'il ait eu connaissance des sommes sur Gratien et en particulier d'Étienne de Tournay, un chroniqueur normand semble connaître la légitimation par mariage subséquent avec un caractère légèrement germanique.

Adoption et légitimation sont dans le droit germanique une seule et même chose, ou plutôt, comme dans le droit romain d'avant Constantin, l'adoption seule peut faire entrer dans la famille aussi bien les enfants naturels que les étrangers [1]. Cette adoption se fait dans des formes symboliques : par la barbe, par le soulier, par les armes. Mais il en est une seule que nous voulons retenir, car la légitimation en droit français en a emprunté la forme, l'adoption sous le manteau. Le droit scandinave surtout a conservé longtemps ces formes [2] et les a naturellement adaptées à la légitimation par mariage subséquent, quand celle-ci pénétra dans ces pays par le droit canonique. Il suffira de dire en quelques mots ce qui s'est passé en France et comment ces rites anciens se sont fondus dans la légitimation nouvelle.

L'adoption ou légitimation sous le manteau est une fiction de génération, qui se comprend d'elle-même et dont on rapporte des exemples dès l'antiquité [3]. Usitée chez les peuples germaniques et scandinaves, elle se conserva sans doute à l'époque franque. On en trouve des exemples, peu nombreux il est vrai, mais assez nets, dans les chroniques des XIe et XIIe siècles [4].

Aussi dès que la légitimation s'introduisit chez nous, elle prit naturellement cette forme. Le rituel du mariage reli-

1. Grimm. *Deutsche Rechtsalterthümer*, I, 213, 220, 637. Schröder, *Lehrbuch*, p. 66. Wilda, *Unechte Kinder*, *Zeitsch. für deutsches Recht*, 1855, XV, p. 257. Kogler, *Legitimation*, p. 166.

2. Maurer. *Die unächte Geburt*, *Sitzungsberichte der Münchener Akademie*, 1883.

3. Grimm *loc. cit.*, p. 220. Texte de Diodore de Sicile.

4. Cf. Du Cange, *Dissertation* XXII, textes d'Albert d'Aix (1053-1124 ?) et de Guibert de Nogent (entre 1122 et 1129).

gieux y prêtait d'ailleurs; il y a toujours eu dans la cérémonie religieuse un voile étendu au-dessus de la tête des mariés ou plutôt derrière eux. D'après Duchesne, « cette cérémonie est le principal rite religieux, c'est par le nom de *velatio nuptialis* que la bénédiction nuptiale est indiquée dans le vieux sacramentaire léonien... Saint Ambroise dit aussi que le mariage doit être sanctifié *velamine sacerdotali et benedictione* » [1]. Nicolas Ier en fait mention à côté de la bénédiction dans sa fameuse réponse à la consultation des Bulgares [2].

Que le voile cache les mariés en signe de pudeur ou de fécondité [3], ce qu'il abrite, c'est une consommation fictive du mariage; c'est précisément à ce moment, dit Jean de Salisbury, que le prêtre souhaite aux nouveaux mariés la fécondité, en appelant sur eux et sur leurs enfants la bénédiction de Dieu [4].

La première mention de légitimation empruntant ce rite se trouve dans un texte normand. Le continuateur de Guillaume de Jumièges dit du comte Richard, qu'il épousa sa concubine Gunnor, dont il avait six enfants, afin de légitimer son fils Robert, qui sans cela ne pouvait être archevêque de Rouen. Et pour que le mariage des parents rendît les enfants

1. Origines du culte chrétien, p. 116.

2. Mansi, XV, 403. Sur la généralité et l'ancienneté de cet usage, voir Kogler, *Legitimation*, pp. 143 sqq., 148 et 149.

3. D. Martène, *De antiquis ecclesiæ ritibus*, II, 608.

4. Jean de Salisbury, *Policrat.* lib. 8, cap. XI (Migne, CXCXIX, c. 749). « Inolevit etiam consuetudo ut quos in commercium carnis Ecclesiæ jungit auctoritas pallio velentur altaris, aut alio ab ecclesia constituto, ut thorus qui Christo conciliante construitur, sic in fide castitatis fragilitatis suæ maculas protegat, ut totius sit probri aut confusionis ignarus. » Kogler, *op. cit.*, 148, sqq. Kogler pense même, que déjà pour Nicolas Ier la cérémonie avait cette signification; cela est possible, mais ne ressort pas du texte cité; quand Nicolas dit : *ad exemplum videlicet quo dominus primos homines in paradiso collocans benedixit eis dicens : crescite et multiplicamini*, il explique ainsi non seulement le rite du *velamen cæleste,* mais l'ensemble des cérémonies du mariage. D'ailleurs, ce qui importe à notre sujet c'est que, *au* XIIe *siècle,* on ait vu dans cette cérémonie une fiction de consommation du mariage.

légitimes, on les mit sous le poêle avec le père et la mère pendant la cérémonie [1].

Faut-il, sur la foi de ce texte, admettre un premier exemple de légitimation par mariage subséquent dès le xe siècle? je ne le crois pas. Le plus ancien chroniqueur normand, Dudon de Saint-Quentin, n'y fait aucunement allusion. On sait que presque tous les ducs furent des enfants nés hors mariage ou de mariages *more danico*, et que cela ne les empêcha pas de succéder à leur père. D'autre part l'interdiction aux bâtards d'entrer dans les ordres n'est pas antérieure à la fin du xie siècle. Le chroniqueur invente, ou plutôt il commente des faits certains. Il lisait dans Dudon de Saint-Quentin que Richard a eu pour concubine Gunnor, qu'il en a eu des enfants, qu'il l'a épousée [2], que l'un des enfants fut archevêque de Rouen. De là à conclure que les enfants ont été légitimés par mariage subséquent, il n'y avait qu'un pas. On ne peut donc faire état de ce texte pour le xe siècle, mais pour l'époque à laquelle il a été écrit, il est déjà fort intéressant.

Le livre, auquel ce passage appartient, n'est pas de Guillaume de Jumièges, qui écrivait entre 1070 et 1087 ; ce huitième livre, qui continue l'histoire de Normandie jusqu'en 1135, fut écrit par Robert de Torigny, plus tard abbé du Mont-Saint-Michel, alors prieur de l'abbaye du Bec, avant 1154 [3].

1. Guill. de Jumièges (Migne, CXLIX, 905 B, C). Le comte Richard « genuit ex Gunnore filios tres et totidem filias... Cum vero idem comes quemdam filium suum nomine Robertum vellet fieri archiepiscopum Rothomagensem, responsum est ei a quibusdam hoc nullatenus secundum scita canonum posse, ideo quod mater ejus non fuisset desponsata. Hac itaque causa comes Richardus Gunnorem comitissam more christiano sibi copulavit, filiique qui jam ex ea nati erant, interim dum sponsalia agerentur, cum patre et matre pallio cooperti sunt, et sic postea Robertus factus est archiepiscopus Rothomagensis. »

2. Richard avait eu comme concubine Gunnor et sur l'instance des nobles il l'épousa. Les enfants seraient nés ensuite. (Dudon de St-Quentin, Duchesme, *Hist. Norm. Scriptores*, p. 152 et 153). Guill. de Jumièges au liv. IV, ch. XVIII dit simplement qu'après la mort de sa première femme, il épousa une noble danoise Gunnor et qu'il en eut des enfants.

3. Kogler reporte le texte à une date postérieure à la décrétale d'Alexandre III, ce qui lui retirerait une partie de son importance, p. 152. Sur la date cf. Molinier. *Sources de l'histoire de France*, fasc. II, n° 1964.

Cela nous ramène précisément à l'époque où la légitimation par mariage subséquent entre dans le droit canonique par les premiers commentateurs du Décret. Mais on n'a pu encore en 1154 en avoir connaissance en Normandie, et puis, si la légitimation avait été connue de Robert de Torigny par cette voie, elle ne prendrait pas la forme germanique qu'il lui donne. Ce texte suppose en effet, non seulement que la légitimation est connue par les livres, mais qu'on a cherché à lui donner quelque application pratique [1].

Les études de droit romain durent être de bonne heure portées en Normandie par Lanfranc, précisément à cette abbaye du Bec, dont Robert de Torigny fut prieur. On y avait peut-être connaissance directe des textes romains, on devait y connaître au moins les collections d'Yves de Chartres, élève de Lanfranc, qui cite les textes de Justinien sur la légitimation [2]. On essaya alors probablement de la mettre en

1. Du Cange (vº *Pallium*) et Laurière (sur Loisel *Inst.*, I, I, 40 nº 66) ont cru voir dans un texte de Philippe Mouskes relatant le même fait une indication qui montre la légitimation plus rapprochée encore de la forme germanique. Les enfants sont placés non plus sous le poêle, mais « sous le mantel de la mère». On n'aurait pas encore songé que le poêle étendu sur la tête des mariés pouvait remplacer le manteau de la mère. A la vérité le texte de Guill. de Jumièges est antérieur. Mais Mouskes est un chroniqueur du nord et les pays germaniques ont gardé plus longtemps la forme primitive. Les enfants légitimés s'appellent en Allemagne « Mantelkinder ».

2. Robert de Torigny, l'auteur de notre chronique, moine du Bec, attribue à Lanfranc et Irnerius la découverte des compilations de Justinien, ce qui est faux, parce que les compilations de Justinien n'ont jamais été perdues et parce qu'Irnerius a commencé son enseignement bien après que Lanfranc eût quitté Bologne. Cela prouve au moins que les moines du Bec, ses successeurs, avaient gardé de Lanfranc le souvenir non seulement d'un théologien, mais d'un juriste. Le même Robert de Torigny raconte qu'Yves de Chartres fut un élève de Lanfranc, et on sait qu'Yves fut un des premiers en France à faire preuve d'une connaissance étendue des textes romains. Robert de Torigny, éd. Howlett, pp. 25 et 100. Pollock et Maitland, *History of english law*, I, p. 97. — Cependant le catalogue de la bibliothèque de l'abbaye du Bec, dressé par Robert de Torigny, ne contient pas les textes romains, qui n'y entrèrent que par la donation faite par Philippe d'Harcourt en 1164. Crozals, *Lanfranc*, p. 59, Porée, *Histoire de l'abb. du Bec*, I, 100. On sait d'ailleurs que le droit romain était enseigné au milieu du XIIe siècle en Angleterre par Vacarius qu'y appela Thibaut, archevêque de Canterbury. Il y arriva après 1139 et avant 1154. Sa *Summa*

pratique et pour cela on la rapprocha dans la forme de l'antique adoption sous le manteau. Il y a là un mouvement spontané en faveur de la légitimation, qui fait songer que la renaissance romaniste eût suffi, sans le secours de l'Église, à la ressusciter dans notre pays [1]. L'influence du droit canonique ne fit que seconder un mouvement autonome, comme le montre bien la forme germanique qui resta longtemps dans les usages français [2].

§ III. — *Le droit canonique classique.*

La légitimation par mariage subséquent n'est pas du tout une création de l'Église, les recherches antérieures l'ont montré ; mais du jour où celle-ci lui eut fait place dans son système du droit de famille, elle y fut adoptée franchement et considérée plutôt favorablement par les canonistes.

Il ne faudrait pas néanmoins exagérer cet esprit favorable. L'attitude de l'Église doit s'expliquer la plupart du temps, moins par une conception spéciale de la légitimation que par l'influence de ses théories sur des matières connexes.

pauperum, extraits de droit romain à l'usage des pauvres étudiants sur la base de la *Summa codicis* d'Irnerius, était connue de Robert de Torigny. Libermann, *Magister Vacarius. English historical review* 1896, pp. 307, 309, 514. Et Vacarius n'est pas le premier qui ait porté en Angleterre la connaissance du droit romain. Caillemer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes* (*Académie de Caen*, 1883).

1. C'est la conclusion à laquelle Kogler est amené par une revue très complète des textes : « Als die Kirche die Legitimation durch nachfolgende Ehe für ihr forum rezipierte, war dieselbe in Frankreich schon allgemein anerkannt. » *Legit.*, p. 108. Un texte de Robert Grosseteste, que cite déjà Ducange v° *Pallium*, montre qu'en Angleterre, sous Henri II, la légitimation par mariage subséquent était connue également dans cette forme germanique. Mais déjà alors la décrétale d'Alexandre III avait pu la répandre.

2. Sur cette persistance dans les usages français, cf. Kogler 153. Le même publie une intéressante miniature du XIVe siècle représentant la cérémonie de la légitimation sous le poêle, p. 155. En Allemagne, l'usage d'étendre un poêle au-dessus des mariés n'étant pas observé, la légitimation continua, suivant un usage plus purement germanique, de se faire par le manteau. Id. p. 157.

Il peut arriver que ces théories voisines la portent aux solutions rigoureuses. Ainsi son système d'empêchements très étendu rétrécit le champ d'application de la légitimation par mariage, puisque les enfants incestueux sont plus nombreux. La haine de l'union incestueuse l'empêchera en général d'admettre le concubinat putatif, d'admettre que la dispense donnée après coup enlève aux enfants nés antérieurement la tache de leur naissance.

Mais d'autre part la conception forte et simple du mariage par simple consentement devait l'amener à supprimer les conditions exigées par Justinien pour que le mariage produisît légitimation.

On connaît aussi la faveur du mariage en droit canonique; l'Église est en général favorable au mariage, parce que le mariage est un remède à la concupiscence, et parce qu'il est un sacrement [1]. La légitimation par mariage profite naturellement de cette faveur.

L'Église est favorable aussi à la légitimité, puisqu'elle a créé la théorie si humaine du mariage putatif, pour compenser, par une faveur faite à la bonne foi des conjoints, la rigueur et l'étendue de son système d'empêchements. De ceci aussi la légitimation devait profiter. Le droit canonique a pu adopter aisément et sans résistance les règles favorables de Justinien.

Il lui est arrivé même de résister à des interprétations restrictives, que les romanistes donnaient des constitutions impériales, par exemple en refusant de restreindre aux enfants de la concubine *retenta in domo* les bienfaits de la légitimation; ce qui tient d'ailleurs à son horreur particulière pour les relations durables hors mariage; ou encore, quand la *communis opinio* des docteurs se prononce contre l'interprétation rigoureuse des mots *spes sobolis* de la loi *nuper* [2], afin de permettre la légitimation par le mariage *in extremis*.

1. Esmein, *Mariage*, I, 85 sqq.
2. C. J. V, xxvii, 11.

L'Église montre ici, en refusant au droit séculier de l'aider dans sa lutte contre les mésalliances, le même esprit, qui lui fit toujours refuser de faire du consentement des parents une condition essentielle du mariage.

Sur d'autres points au contraire les intérêts temporels l'ont emporté : la plupart des docteurs refusent à l'enfant légitimé le droit d'aînesse à l'encontre d'un enfant légitime né après celui-ci, mais avant sa légitimation.

Ainsi l'Église a en général adopté les règles romaines, en les modifiant, moins par suite d'une conception spéciale des droits de l'enfant naturel et de la légitimation, que par application de ses théories générales du mariage. On le vérifiera en étudiant successivement les conditions de la légitimation, ses effets et la théorie juridique que les canonistes en ont construite.

A. — *Conditions de la légitimation.*

D'après les romanistes la première condition pour que le mariage opère légitimation est que l'enfant soit né d'une concubine *retenta in domo*. C'est déjà la théorie d'Irnerius. Il est permis, dit-il, d'avoir une concubine, mais une seule et à condition de cohabitation. Dans ces conditions les enfants nés de cette union pourront être légitimés par divers modes. La *Summa Rogerii* répète textuellement la même chose [1].

Il est donc visible que, dès cette époque, les romanistes se sont fait une conception spéciale du concubinat du Bas Empire et des conditions de légitimation, en appliquant au concubinat en général un texte qui ne vise que les droits de succession ab intestat des enfants naturels. Cette théorie restera celle des romanistes. Elle avait le grave inconvénient de faire le concubinat proprement dit très rare et de restreindre par suite singulièrement le champ d'application de la

1. Cf. supra, p. 141.

légitimation. Oldradus et Balde remarquent que les conditions exigées sont rarement remplies et que le concubinat est peu fréquent [1].

Le droit canonique devait réagir contre une conception trop étroite. Les décrétales insérées au *Corpus* et leurs premiers commentateurs ne touchent pas la question : ils ne semblent même pas se l'être posée [2]. Il est difficile de connaître leur opinion et même de savoir s'ils en ont une, étant donnée la sécheresse de leurs explications. Mais quand on commencera de porter attention au problème, on réfléchira que l'Église condamne le concubinage, qui est un endurcis-

1. Paleotti, *De Nothis*, ch. 12, § 2.

2. D'après Pitzorno p. 160, la décrétale *Tanta vis* créerait un droit tout nouveau n'excluant de la légitimation ni les incestueux, ni les adultérins. Si le texte vise dans sa dernière partie l'adultère, c'est seulement parce que l'adultère surtout accompagné de machinations contre l'époux trompé est un empêchement dirimant de mariage. Il n'est même pas encore à cette époque nettement établi que l'adultère simple n'est pas un empêchement dirimant (Esmein, *Mariage*, I, 208). Si donc il ne peut y avoir légitimation, c'est simplement parce qu'il ne peut y avoir mariage. Mais on ne saurait tirer du silence d'un texte, qui vise une hypothèse particulière, de telles conclusions générales. A ce moment les études romanistes ressuscitaient partout la légitimation, un évêque consulte le pape sur son application; si le pape avait voulu modifier la législation romaine, il l'aurait dit, et, d'après la réponse papale, l'évêque ne pouvait certainement pas le supposer. Pitzorno, p. 163, cite encore a l'appui de cette interprétation deux textes. Le premier, d'Innocent III, viserait la légitimation par mariage d'enfants incestueux; mais il est dit simplement que le mariage contracté entre parents par des infidèles restera valable après leur conversion et leurs enfants légitimes, puisque ce mariage a été contracté en son temps conformément au droit des infidèles, le droit ecclésiastique ne pouvant concerner ceux-ci (Rainerius, XI, 15. Migne, CCXV, 1269). Dans le second, Célestin III admet la légitimation par mariage subséquent dans l'hypothèse suivante : un chrétien abandonne sa foi et sa femme chrétienne pour une infidèle, plus tard il revient à la religion chrétienne avec sa seconde femme et les enfants qu'il a eus. Ce mariage pourra être béni après la mort de la première femme et les enfants seront légitimes, le pape s'appuie formellement sur la décrétale *Tanta vis* (Mansi, XXIII, 39). Mais ces enfants ne sont point des enfants adultérins, du moins dans la doctrine de Célestin III. Le droit canonique admettait en effet la rupture du mariage de deux infidèles par la conversion d'un seul des conjoints. C'est le *Privilegium Paulinum*. Par extension, Célestin III et Urbain III, admettaient la rupture du mariage quand de deux époux chrétiens l'un devient infidèle, doctrine qui ne prévalut pas d'ailleurs. Cf. Esmein, *Mariage*, I, 231.

sement dans le vice, plus que la simple fornication, qui n'est qu'un entraînement passager; que par suite on ne saurait offrir aux grands coupables des avantages que l'on refuse à de moindres pécheurs; et les canonistes opposeront alors aux légistes leur conception plus large de l'enfant naturel simple.

Et d'abord il est vraisemblable que les premiers canonistes ont pris servilement les termes du droit romain, sans réfléchir même à la question qui nous occupe. De ce qu'Étienne de Tournay parle des enfants *ex concubina nati*, et Bernard de Pavie des enfants nés *ex soluto et soluta* [1] (c'est-à-dire qui ne sont ni adultérins, ni incestueux), il serait téméraire de conclure que l'un restreint la légitimation aux enfants de la concubine au sens étroit du mot, et que l'autre l'étend à tous les enfants naturels simples [2].

Mais on pourrait croire qu'Innocent III se rattachait à la doctrine romaniste. D'après une décrétale insérée au titre *De electione* [3], il semble refuser d'admettre la légitimation dans un cas où, toutes les autres conditions étant d'ailleurs remplies, il y avait eu non point concubinat, mais fornication passagère et presque viol [4].

Le chapitre de Worcester avait élu évêque un certain

1. Cf. supra p. 142, n. 4 et 145, n. 3.

2. D'après Kogler (*Legit.*, p. 108) le Brachylogus élargirait déjà la notion prétendue romaine de l'enfant naturel en admettant à la légitimation par mariage subséquent tous ceux *quorum parentes justas inter se nuptias contraxisse potuerunt*. C'est tirer bien des choses d'une simple ligne n'ayant d'autre but que de rappeler les conditions justiniennes, qui excluent du bénéfice de la légitimation les adultérins et incestueux. Je crois d'ailleurs que la conception étroite des *liberi naturales* n'est pas romaine, cf. supra, p. 124. Kogler allègue dans le même sens Tancrède, qui admet à la légitimation *qui de soluto et soluta nascuntur*. Mais comme Tancrède ne vise comme *spurii* que les adultérins et les incestueux (*ut illi qui de adulterio vel incestu nati sunt*), il semble bien qu'il ne se soit pas posé la question pour les enfants nés d'une union passagère et dont la filiation pourrait en fait être établie. Kogler, *Legit.*, p. 105.

3. C. 20, X, I, VI.

4. Voir sur ce qui suit Esmein, *Mariage*, II, 40, n. 3. M. Esmein pense qu'en effet suivant Innocent III, le *vulgo conceptus* ne saurait être légitimé.

archidiacre d'York, qui, de son aveu même, était enfant naturel et par suite inéligible. L'archevêque écrivit au pape pour demander une dispense. C'était un fils naturel simple *ex soluto et soluta;* il était donc, d'après la doctrine classique tout au moins, parfaitement légitimable par mariage subséquent. Or le texte affirme d'une part que quatre ans après sa naissance son père épousa sa mère [1], d'autre part que l'élu était *irregularis ex defectu natalium.*

Le mariage subséquent n'aurait donc pas opéré légitimation et cela s'expliquerait par ce fait, que la mère n'était pas la concubine du père, lequel n'aurait eu d'abord avec elle que des relations passagères, résultant d'un viol ou à peu près [2]. Innocent III adopterait donc ici la théorie des romanistes, et cela n'aurait rien que de fort vraisemblable.

Cependant la question reste fort douteuse. D'abord la glose donne du texte une autre interprétation également vraisemblable : la légitimation par mariage subséquent serait considérée par Innocent III comme légitimant *ad temporalia* seulement, sans effacer l'*irregularitas ex defectu natalium* [3].

Mais surtout le texte, tel que le donne Friedberg, est contraire à l'interprétation ci-dessus indiquée. Il ne dit point en effet qu'il y eut entre le père et la mère mariage subséquent, mais que, quatre ans après la naissance de l'enfant, la mère se maria avec un autre [4]. C'est seulement, veut-on indiquer, quatre ans plus tard que la mère se maria, et par suite elle était *soluta* au moment de la conception de l'enfant; celui-ci n'est point un fils adultérin, ce qui doit faciliter la dispense dont il a besoin [5].

1. « Quo facto cum ipsa infra quadriennium a nativitate ipsius matrimonium contraxit. »

2. « Matris virginitatem præripuit quasi furtim. »

3. Glose v° *conjugata.* C'est d'ailleurs sur un autre passage que sur celui cité n. 3 que la question est discutée, car le texte cité est tiré de la *pars decisa.*

4. « Et ipsa infra quadriennium a nativitate ipsius matrimonium non contraxit. »

5. Ce passage a beaucoup exercé la sagacité des canonistes. Pour les plus nombreux, il est vrai, qui ne connaissaient point les *partes decisæ*, il n'y

Dans ces conditions on ne saurait compter, du moins avec certitude, Innocent III au nombre des partisans de la doc-

avait pas de difficulté; puisqu'il n'y a pas de mariage subséquent, il est naturel que l'enfant soit illégitime et *irregularis*. Mais certains auteurs se sont préoccupés d'expliquer le texte complet; les plus anciens d'abord. Le compilateur des décrétales, Raymond de Pennafort, ne pouvait ignorer les *partes decisæ;* il devait donc admettre que le mariage subséquent ne légitime pas *ad episcopatum* (*Summa*, III, XIX. *De filiis presbyterorum* « quod tamen dixi in primo casu talem legitimatum quoad omnes actus legitimos, videtur quod fallat in episcopatu, ad quem non poterit hodie promoveri absque dispensatione domini Papæ, ut probatur secundum unam lecturam Extra. *de elect.* c. *innotuit* circa princ. »). Goffredus admet encore cette opinion, mais il pense que le droit a été modifié, parce qu'on a enlevé la phrase en question (*Summa. De filiis presbyterorum.* « Quod tamen in primo casu dixi talem legitimatum quoad omnes actus legitimos, excipiunt quidam dignitatem episcopalem, ad quam promoveri non potest sine speciali dispensatione domini papæ. Hoc etiam dixit Raymundus per decretalem supra *de electi* c. *innotuit* circa principium, secundum unam lecturam. Sed cum illud verbum, quod olim erat in illa decretali et quod illud innuere videbatur secundum unam lecturam, hodie sit decisum, hoc dicere non placet; erat enim in textu illius decretalis littera, quod mater electi infra quadriennium a nativitate ipsius electi, matrimonium non contraxit, dicebant quidam verum esse cum patre electi qui virginitatem matris præripuit quasi furtim, contraxit ergo post quadriennium ut innuit littera illa; et tamen electio illius tanquam illegitime nati cassatur. Sed cum hodie particula illa sit de illa decretali decisa, per illam decretalem hæc sententia teneri non potest, posset tamen per alia jura juvari »). Et cependant le texte connu de ces auteurs était celui que reproduit Friedberg; mais de la phrase : « Infra quadriennium a nativitate ipsius matrimonium non contraxit »; ils concluaient qu'après quatre ans le mariage avait eu lieu entre le père et la mère. Il n'en peut être ainsi, car quelle étrange façon de dire une chose si simple! C'est sans doute parce que les premiers auteurs avaient donné du texte exact cette interprétation, qu'on corrigea plus tard le texte pour le mettre d'accord avec l'interprétation (*cum* ipsa... matrimonium contraxit), leçon qui n'est donnée que par un seul manuscrit de la compilatio III. (Cf. Friedberg, *Corpus* sur le c. 20, X, I, VI). La compilation de Rainier de Pomposi faite sur l'ordre d'Innocent III lui-même, donne la leçon aujourd'hui admise (Tit. IV, 2. Migne, CCXVI, p. 1180). C'est le texte corrigé qu'ont connu les canonistes plus récents. Gonzales Tellez (sur le c. 20 de electione n. 19) reproche aux anciens de n'avoir pas cherché à connaître le texte complet « Abbas, Hostiensis et omnes antiquiores docent in nostro textu Maugerum potuisse in episcopum eligi, si ejus parentes matrimonium contraxissent; non enim integram nostri textus legerunt et integratarum ignoratione sæpe antiquiores misere labuntur, qui ideo magis increpandi sunt, quod suis temporibus facile regesta et epistolarum autographa habere potuerunt, quibus hodie temporum injuria et librorum inopia privamur. » Il conclut naturellement que, pour Innocent III, la légitimation

trine romaniste [1]. L'opinion des canonistes reste obscure.

Goffredus exclut les *spurii* des avantages de la légitimation; mais ici encore il est difficile de savoir quelle est la pensée cachée dans le texte, car le mot *spurius* désigne aussi bien les enfants nés *ex damnato coïtu*, que les enfants nés d'une rencontre passagère en dehors du concubinat, Mais il semble bien cependant que Goffredus se prononce d'une façon libérale, en faveur de la légitimation de tous les enfants nés *ex soluto et soluta* [2].

Par contre la notion romaine est certainement connue et peut-être adoptée par la glose. La classification que donne celle-ci sur le chapitre *tanta vis*, fait en effet une place à

par mariage subséquent n'habilite pas à l'épiscopat et que, si les canonistes donnent généralement l'opinion contraire, qui a triomphé, c'est précisément pour s'être trompés sur notre texte. Dumoulin (sur ce texte) a une explication fort ingénieuse : sans doute il y a eu mariage subséquent et le mariage produit légitimation (omnia præcedentia purgat), mais la décrétale est adressée à un archevêque anglais, et la légitimation par mariage subséquent était inconnue en Angleterre (sed illud non observatur in Anglia, de qua loquitur hoc cap., ideo adhuc esset postulandus).

1. Pitzorno, p. 165, cite d'Innocent III deux décrétales déclarant légitimes des enfants nés hors du concubinat; mais les textes ne me paraissent pas très nets. En 1207, le pape écrit aux consuls de Viterbe, pour déclarer légitime une fille née d'une femme qu'un certain T. *carnaliter cognovisset* et qu'il avait ensuite épousée; ces mots ne me paraissent pas désigner nécessairement des relations passagères. (Reg. X, 104. Migne, CCXV, 1200.) Le second texte paraîtrait peut-être plus décisif, car il parle de *simplicis fornicationis amplexum ;* mais il suffit de remarquer que plusieurs filles étaient nées de ces relations, pour être obligé de conclure à un concubinat d'une certaine durée (collection de Rainerius, XLI, 2. Migne, CCXVI, 1271).

2. Goffredus. *Summa*, p. 188 : « Octo modis legitimantur filii naturales, primo, si quis concubinam suam duxerit in uxorem, legitimatur filius naturalis, non spurius ». Mais Goffredus exprime ailleurs plus clairement sa pensée. De fil. presb. « Si pater potuit illam habere legitimam uxorem tempore conceptionis, quia nullum suberat impedimentum certum, et postea duxit eam legitimam uxorem, legitimatus est filius antea genitus per subsequens matrimonium..... Secus si propter impedimentum aliquod non poterat esse matrimonium inter ipsos parentes tempore conceptionis, quia tunc licet sublato impedimento ducat illam postea in uxorem, non legitimabitur proles ». Il n'exclut donc du bienfait de la légitimation que les enfants incestueux ou adultérins.

part aux *naturales*, qui sont nés *ex concubina in domo*, auxquels on oppose les *spurii*, et cette dernière catégorie contient à la fois les adultérins et les *vulgo concepti*. Sans doute entre le *vulgo conceptus* proprement dit, qui ne peut connaître sa filiation et le fils né d'une concubine entretenue à la maison, il devrait y avoir des intermédiaires; mais il est vraisemblable que la glóse considère comme *vulgo conceptus* tout enfant qui n'est pas fils d'une concubine *in domo* [1].

D'ailleurs dans une autre glose la pensée est plus nettement dégagée par les trois vers qui donnent la classification des enfants illégitimes, et qui distinguent le *spurius ab amica* du véritable *naturalis* [2]. C'est évidemment la classification des romanistes.

Il est remarquable cependant que le glossateur ne fasse pas expressément application de sa théorie à la légitimation, en sorte que la pensée reste malgré tout douteuse.

Mais bientôt une réaction très nette va s'opérer, qui donnera à la légitimation un champ d'application plus large. L'Église ne pouvait se laisser imposer par les romanistes une doctrine, qui tend à faire une situation de faveur au concubinat plus coupable que les simples relations passagères.

Hostiensis, qui connaît bien la théorie du concubinat, a soin de remarquer, que maintenant le concubinat est prohibé; il prétend même qu'il est interdit au point de vue du droit civil [3]. Si, dans sa classification des enfants naturels, il

1. Glose sur le c. 6, X, h. t. vº *Repellendus* « quidam filii dicuntur legitimi tantum ut adoptivi... alii dicuntur legitimi et naturales... alii dicuntur naturales et non legitimi ut nati *ex concubinis in domo;* isti succedunt in duabus unciis ab intestato... alii dicuntur spurii ut nati ex adulterio vel vulgo concepti. »

2. Manzeribus scortum sed mæcha nothis dedit ortum,
ut seges a spica, spurius sic est ab amica,
sunt naturales qui nobis sunt speciales.

Glose sur le c. 10, X, I, IX. Cette opinion de la glose était adoptée par d'autres anciens canonistes : Panormitanus sur le c. 6 h. t. nº 5 : « Vincentius (Hispanus) sentit hic quod solum natus ex concubina appellatur naturalis simpliciter, alii vero licet ex soluto et soluta possunt appellari spurii. »

3. Hostiensis. *Summa. De filiis presbyterorum*. « Quamvis concubinatus per legem antiquam admittatur, hodie tamen talis coitus omnino reprobatur, etiam per leges. »

use encore des termes des romanistes, il ne fait pas une catégorie à part des simples bâtards nés hors du concubinat, puisqu'il ne distingue que les enfants naturels, les *spurii ex damnato coitu* et les *vulgo concepti* qui, en fait, ont une filiation incertaine [1].

A partir de ce moment, la théorie définitive est formée. Elle est nettement exprimée par Antonius de Butrio, pour lequel l'enfant naturel est celui qui est né *ex soluto et soluta* [2]. Panormitanus lui donne son expression définitive et sa base théorique. La légitimation n'est plus aujourd'hui une faveur faite au concubinat, elle est un effet naturel de la force du mariage et il n'y a point de raisons de la restreindre. Ne restaient donc exclus du bénéfice de la légitimation que les enfants nés *ex damnato coïtu* [3]. Mais sur ce point encore la doctrine romaine devait recevoir quelques modifications.

Le droit canonique trouvait dans le droit romain et conserva soigneusement ce principe, que la légitimation ne se produit que là où le mariage avait été possible entre les deux concubins. Le but de la distinction est de frapper de déchéances spéciales les adultérins et les incestueux. Seulement, bien qu'adoptant le principe romain, le droit cano-

1. Summa. *Qui filii.* § *Quot sunt genera filiorum.* « Alii naturales tantum ut nati ex concubina indubitato affectu habita. Alii naturales ab initio sed ex post facto naturales et legitimi et hi possunt dici legitimati..... Alii neque naturales neque legitimi, respectu patris, ut spurii, scilicet nati ex incestuoso vel per legem etiam humanam damnato coïtu. Dicuntur autem spurii vulgo concepti quasi de spuma rivalium sive corrivalium nati. »

2. Ant. de Butrio. h. t. c. 1 : « Naturalis ex soluto genitus et soluta legitimatur per subsequens matrimonium », c. 6 : « naturales legitimantur per subsequens conjugium parentum, spurii vero non. »

3. Panormitanus c. *tanta* n. 14 : « Ista littera non se fundat super concubinatu, sed indistincte propter potentiam matrimonii legitimat antea natos vel genitos, nec debemus advertere ad concubinatum, quia concubinatus est expresse damnatus a jure canonico... Et ex contraria opinione sequeretur, quod magis faveretur peccato diurtuno et continuo quam momentaneo.... Jus canonicum magis reprobat concubinatum quam fornicationem simplicem... fortius debent legitimari nati sine concubinatu quam ex concubinatu. » Covarruvias *De matrimonio*, ch. 8, § 2, 4, « etiamsi filii sint nati ex coitu fornicario domi minime cohabitante concubina. »

nique se trouva plus rigoureux sur quelques points, plus indulgent sur d'autres.

Plus rigoureux, parce que l'Église a multiplié les empêchements de mariage, augmentant le nombre de ceux basés sur la parenté et en créant d'autres. Plus rigoureux aussi parce que le mariage est indissoluble, ce qui augmente le nombre des enfants adultérins.

Moins rigoureux d'autre part, parce que le mariage est possible entre esclaves [1], parce que l'Église a créé la théorie du mariage putatif, qui fait produire des effets à la bonne foi des conjoints.

L'Église a adopté le principe romain [2] : il faut que le mariage ait été possible entre les concubins, mais à quel moment? La réponse logique serait qu'il faut considérer le moment de la conception. Mais on va constater ici l'esprit favorable à la légitimation, que montraient souvent les canonistes : on considérera, selon l'intérêt de l'enfant, le moment de la conception ou celui de la naissance.

Bien des canonistes cependant tenaient pour la conception logique et rigoureuse; et ils invoquaient des textes, d'ailleurs étrangers à notre matière. Par exemple, le mariage sans consentement des parents étant nul en droit romain, un tel mariage ne deviendra valable que du jour de la mort des parents, dont le consentement était nécessaire. Par suite, l'enfant conçu avant le moment où le mariage est devenu valable, et né après ce moment, sera considéré comme illégitime [3]. Donc ce qui décide de l'état d'un enfant, c'est la date de la conception et non celle de la naissance.

1. Déjà Justinien avait autorisé la légitimation de l'enfant conçu pendant la servitude et né après l'affranchissement de la mère. Cf. supra, p. 121. Hostiensis, *Summa*, *Qui filii*, in fine : « Inter tales est matrimonium secundum nos. »

2. Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts* (p. 861), remarque que les premières décrétales visent seulement l'adultère et croit que le droit canonique n'a pas tout d'abord songé à exiger que le mariage ait été possible au moment de la conception. Le contraire me semble certain, si l'on songe que la légitimation canonique primitive n'est que la légitimation romaine considérée comme toujours en vigueur. Cf. supra, p. 144.

3. L. 11 D. *De statu hominum*, I, v.

Cependant Justinien, dans une de ses lois sur la légitimation, semblait bien indiquer la solution contraire : *Ut semper in hujusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspicietur..... exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat* [1].

Il ne s'agit pas, il est vrai, dans le corps du texte de la question même qui nous occupe, mais de la légitimité de l'enfant conçu avant et né après le mariage. Justinien le déclare légitime. Mais la conclusion citée est conçue en termes si généraux, que peut-être les canonistes avaient-ils raison de l'appliquer à notre question. Ils invoquaient aussi le principe très général, qui ne s'applique pas directement à notre matière : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur,* tiré de la loi 7 *de statu hominum.* Ils pouvaient à la rigueur en conclure, par un assez large *a contrario*, qu'on doit décider l'état de l'enfant d'après la date de sa naissance, quand il n'a pas intérêt à ce que l'on envisage la date de la conception.

Remarquons en tout cas, qu'en cas de doute, nous trouvons les canonistes du côté de la solution favorable à la légitimation. C'est en effet dans ce sens que décide l'opinion générale : Hostiensis, Johannes Andreæ, Antonius de Butrio sont de cet avis [2]. On trouvera dans Covarruvias [3] un consciencieux exposé de la controverse classique.

Ce même esprit favorable se constate dans la solution d'autres hypothèses, que n'avait pas prévues le droit romain, par exemple celle d'un mariage intermédiaire entre les relations qui ont donné naissance à l'enfant naturel, et le mariage qui a pour but de le légitimer. Les canonistes auraient dû pour être logiques, repousser dans ce cas la légitimation, car on verra que, dans la théorie classique, la légitimation s'ex-

1. L. 11, C. V, XXVII.
2. Ant. de Butrio sur le c. 6, n° 17 h. t.
3. Pars I, ch. 8, § 2.

plique par une fiction, qui fait remonter le mariage avant la naissance de l'enfant. Or, il est impossible, puisqu'il y a eu depuis mariage valable, de supposer en même temps que les concubins étaient mariés. Cette fiction amènerait à la reconnaissance de la bigamie. Cependant les canonistes admettent ici encore la légitimation, en faisant observer que pour les fictions juridiques il est de règle générale, qu'il suffit que l'acte ait été possible aux deux points extrêmes : *Intermedia non nocent* [1].

La faveur faite à la légitimation se manifeste donc d'une façon très nette. Mais malgré cette faveur les canonistes devaient, par une conséquence d'autres principes, se montrer un peu plus rigoureux que le droit romain sur la notion du *damnatus coïtus*.

En dehors de l'adultère, sur lequel l'Église est plus rigoureuse, puisqu'elle admet l'indissolubilité du mariage, en dehors des cas d'inceste beaucoup multipliés par l'augmentation du nombre des empêchements pour cause de parenté ou d'alliance, l'Église défend encore le mariage entre chrétien et infidèle, déclare nul le mariage des prêtres et des moines.

On en conclut logiquement que le mariage entre chrétien et infidèle ne légitime pas les enfants nés antérieurement. La question cependant avait été discutée entre les canonistes. Les décrétales sur la légitimation ne visaient nullement ce cas. Le cap. *conquestus* n'indique aucune exception à la règle de la légitimation par mariage et le cap. *tanta* n'en indique qu'une, le cas d'adultère. Une interprétation extensive est-elle licite dans ce cas? Après tout le mariage eût été possible entre les deux concubins *si ille effectus esset christianus*. L'opinion rigoureuse et logique avait cependant prévalu avec J. Andreæ et Panormitanus, parce qu'elle est une conséquence du principe que la légitimation est un effet rétroactif du mariage [2].

1. Panormitanus, c. 6, n° 3. Çovarruvias. *De matrimonio*, ch. 8, § 2, n° 18. Cf. Esmein, *Mariage* II, 42.

2. Panormitanus c. 6, n° 14 in fine. J. Andreæ id., n° 5. Covarruvias, ch. 8, § 2, n° 6.

Pour les enfants de prêtres ou de moines, aucune difficulté, ils ne peuvent être légitimés; et d'ailleurs, pour que la question d'un mariage valable puisse ici se poser, il faut des circonstances extraordinaires. Les canonistes ne prennent pas la peine de discuter la question [1].

Mais une question plus délicate se posait à propos du clerc mineur. Sans doute il peut contracter mariage, et, aux termes mêmes du droit romain, la légitimation ne peut être mise en doute un instant. Cependant, les clercs étant particulièrement obligés à la chasteté, certains auteurs rigoureux en concluaient que le concubinat d'un clerc est un *damnatus coïtus*, et que par suite les enfants qui en sont nés ne sauraient être légitimés par mariage subséquent. L'opinion conforme au principe général et à la faveur de la légitimation l'emporta [2].

Si le mariage doit en principe avoir été possible au moment de la conception ou tout au moins de la naissance, la disparition, après la naissance de l'enfant, de l'empêchement de mariage ne doit pas permettre la légitimation. Il y avait cependant un cas où le doute était permis.

Quand l'empêchement disparaît par un événement fortuit, la mort du conjoint en cas d'adultère, par exemple, aucune difficulté. Le mariage n'était pas possible au moment de la naissance, il n'y aura pas légitimation. Mais si l'empêchement est levé par une dispense de l'autorité ecclésiastique, dans le cas où une dispense est possible, la dispense ne produira-t-elle point un effet rétroactif? Il y a eu par exemple relations entre parents au cinquième degré, le pape accorde une dispense, ils se marient; les enfants nés antérieurement au mariage ne seront-ils pas légitimés?

En général, les canonistes s'en tiennent rigoureusement au principe et n'admettent pas l'effet rétroactif de la dispense. C'est l'opinion de Vincentius, d'Innocent IV, d'Antonius

1. Ludovicus a Sardis ch. *de spuriorum appellatione* 1.

2. Antonius a Butrio. c. Tanta, n. 16. Antonius de Rosellis, ch. *De causa materiali legitimationis*, n. 17.

de Butrio. L'opinion de J. Andreæ et de Panormitanus n'est pas très ferme, ils disent qu'il faudra examiner les termes de la dispense [1]. Mais ici nous touchons à une question connexe beaucoup plus importante, celle de la légitimation par le pape, à laquelle un chapitre spécial est consacré.

Même si une dispense intervient après coup et permet de transformer en mariage un concubinat entre parents ou alliés, il n'en reste pas moins qu'il y a eu relations doublement coupables, à cause de l'absence de mariage et à cause de l'empêchement. Cette aggravation de culpabilité disparaîtrait, si l'on se trouvait en face de deux concubins de bonne foi, ignorant le degré de parenté ou d'alliance qui les unit. Ne doit-on pas tenir compte de cette bonne foi et effacer pour eux une déchéance, qu'ils ne croyaient pas encourir ? Un mariage contracté de bonne foi entre parents est nul, et cependant le droit canonique, grâce à la théorie du mariage putatif, lui fait produire des effets civils. Ne faut-il pas admettre une théorie analogue pour les relations hors mariage et faire place, à côté du mariage putatif, à un concubinat putatif ?

C'est une discussion célèbre en droit canonique, *egregia disputatio*, dit Covarruvias. Et le point de départ de la controverse se trouve dans la glose sur le cap. *tanta vis*. La glose présente les deux opinions, le pour et le contre, en se prononçant en faveur du titre putatif [2]. Nous avons en France

1. J. Andreæ, c. 6, n. 5 : « Idem dixit hic Vincentius (Hispanus) de natis ex incestu, scilicet quod non legitimantur parentibus postea contrahentibus ex dispensatione ecclesiæ..... Credo verba dispensationum in his ponderanda. » Panormitanus reproduit cette opinion, c. 6, n. 14 : « Nisi aliud dicatur in dispensatione. » Antonius de Butrio, c. 6, n. 18 : « Idem dixit Innocentius de natis ex incestu scilicet quod non legitimantur parentibus postea contrahentibus ex dispensatione ecclesiæ. » De même c. 10, n. 5 pour l'empêchement *publicæ honestatis*, A. de But. adopte la solution rigoureuse. Dans la pratique les papes accordaient des dispenses rétroactives avec clauses spéciales, Lebrun, *Succession*, p. 26.

2. V° *Aliam* « Consciam adulterii, secus si ignoranter... contrarium videtur scilicet quod talis non sit legitimus, quia hic non distinguitur, sed primum verius est. Ber. »

au XVIIIe siècle un exposé détaillé de la question et un examen complet des opinions des auteurs dans un plaidoyer de Daguesseau [1].

La faveur de la légitimation semble d'abord l'avoir emporté; Hostiensis [2], comme la glose, se prononce pour l'affirmative. Beaucoup de canonistes les ont suivis et Covarruvias, bien que d'opinion contraire, semble lui-même considérer que c'est là la *communis opinio*. Mais les plus grands parmi les canonistes et romanistes se prononcent contre le concubinat putatif : J. Andreæ, Antonius de Butrio, Panormitanus, Covarruvias [3]. La faveur de la légitimation est grande, mais on ne saurait la pousser jusqu'à tenir compte aux concubins de leur bonne foi relative. Ils savaient après tout qu'ils ne vivaient pas dans un état licite. C'est par cette distinction que Panormitanus tranche la question : il n'y a pas de faveur à faire à celui *qui dat operam rei illicitæ* [4].

A côté des conditions essentielles de la légitimation, qui tiennent à la qualité des enfants et à la nature des relations antéconjugales, le droit romain, pour que le mariage entre concubins fût valable et produisît ses effets, exigeait quelques autres conditions de forme ou de fond.

Ici encore nous constaterons la persistance des règles romaines dans tout ce qui ne contredisait pas trop nettement le système général du droit canonique, et la même tendance déjà constatée du droit canonique à élargir la règle en faveur de la légitimation.

Une première condition de forme, qui devait nécessairement disparaître, est l'exigence de la rédaction des *instrumenta dotalia*. Justinien avait fait de ce qui était avant lui une question de preuve, une question d'existence du mariage.

1. Daguesseau, *Plaidoyer du 4 juin 1697*.
2. *Lectura*, c. 6.
3. Covarruvias, ch. 8, § 2, n. 17, contient une longue discussion de la question.
4. Panormitanus, ch. 6, n° 8. Il considère la glose comme n'admettant pas le concubinat putatif. Ce qui a fait supposer que le « primum verius est » qui termine la glose, est peut-être une addition.

Il exige en effet l'*instrumentum dotale* pour le mariage subséquent, afin de marquer nettement le passage de l'union libre au mariage, et un peu plus tard pour le mariage des personnes illustres [1].

Avant ces lois de Justinien, la Gaule avait été séparée de l'empire, mais les lois et la jurisprudence romaines antérieures, aidées de l'action de l'Église, y avaient développé des principes analogues, qui trouvaient leur expression dans le canon du prétendu concile d'Arles, *nullum sine dote fiat conjugium*. Cette règle est reproduite dans tous les recueils canoniques du moyen âge. Naturellement le mot *dos* avait changé de sens et désignait non plus la dot, mais le douaire [2].

Il devait donc sembler naturel d'admettre pour la légitimation la condition posée par Justinien. Les textes des novelles, que le recueil de Julien mit de bonne heure en circulation, contiennent la mention de cette exigence; Yves de Chartres la reproduit [3]. Mais on sait qu'il ne s'agit encore ici que d'une inintelligente et servile reproduction de textes romains, à l'application desquels on ne songeait pas. La légitimation n'appartient pas encore au droit canonique; à vrai dire, elle n'existe pas encore, on ne saurait parler de ses conditions.

Dans le droit canonique classique, la théorie du mariage était trop bien formée pour que l'on eût quelque hésitation à rejeter la condition, que Justinien met à la légitimation par mariage subséquent. Le mariage existe dans tous les cas par le simple consentement, et s'il y a mariage, il y a légitimation.

Les romanistes avaient essayé de maintenir la règle ancienne. Balde prétendait que, sans *pactum dotale*, la légitimation ne pouvait produire d'effets tout au moins *quoad successionem in locis imperiali ditioni subjectis* [4]. Mais Panormitanus témoigne déjà qu'en présence de l'opinion

1. C. J. 10, V, xxvii; nov. 22, 3 et 117, 4. Girard, *Manuel*, p. 171.
2. Brissaud, *Manuel*, p. 1022, n. 6.
3. Décret VIII, 32 et 34.
4. Cf. Covarruvias, ch. 8, § 2, 8 sur cette discussion.

unanime des canonistes, les romanistes eux-mêmes renonçaient à leurs prétentions [1]. C'est à ce propos qu'Antonius de Butrio posait le principe : *ad legem non spectat disponere de matrimonio vel consecutivis ad illud* [2].

La deuxième condition exigée par les lois romaines est une condition de fond, qui a son importance : c'est l'exigence du consentement de l'enfant.

Quelques canonistes ont même discuté la question de la nécessité du consentement des parents. Ce serait en effet une question d'une importance capitale, et la légitimation changerait vraiment de nature, si l'on en faisait une simple faculté pour les parents et une dépendance de leur volonté. Mais cette question n'a guère d'intérêt, car elle ne fut jamais sérieusement discutée. Quelques auteurs avaient cru cependant voir cette condition dans les lois romaines. Mais Covarruvias fait remarquer avec raison que Ludovicus a Sardis et Antonius de Rosellis se sont certainement trompés et qu'une saine interprétation des textes leur donne tort même au point de vue romaniste [3]. Ils alléguaient en effet un paragraphe de l'authentique *quibus modis*, qui vise non point la légitimation par mariage subséquent, mais la légitimation par testament.

La question du consentement de l'enfant est plus sérieuse. Il était véritablement exigé par le droit romain [4]. Mais cette condition répugnait évidemment à l'esprit du droit canonique et c'est un des points, où se montre le mieux son indépen-

1. Panormitanus sur le c. 6 n° 2.

2. Id., n° 20. cf. Gonzales Tellez sur le c. 1, com., n° 14 in fine.

3. Ant. de Rosellis, ch. *de causa materiali legitimationis*, n. 30. Lud. a Sardis, *De requisitis in legitimatione*, 1. Covarruvias, ch. 8, § 2, n. 16, « quod ex vera interpretatione juris probari nequit ».

4. Nov. 89, 11. Ce n'avait peut-être pas toujours été la pensée de l'empereur. Le nov. 74 præf. 2 suppose que des enfants ne voulant point être légitimés par mariage subséquent (afin que leur père n'ait point l'usufruit de la succession maternelle), cachent leur mère pour que le mariage ne puisse avoir lieu. Ils n'auraient pas eu besoin de recourir à ce moyen, si leur consentement avait été nécessaire à la légitimation.

dance vis-à-vis du droit romain et son désir d'étendre la légitimation. Quelques auteurs, pour concilier cette intention avec leur respect du droit romain, prétendaient que Justinien lui-même n'exigeait le consentement des enfants que pour les légitimations autres que la légitimation par mariage [1]. Mais les auteurs consciencieux et éclairés étaient bien obligés de reconnaître qu'il n'en était rien. Les romanistes par suite tenaient pour la nécessité de cette condition [2]. Mais les canonistes étaient à peu près unanimes à la rejeter. Ils allèguaient l'intérêt public [3]. Il ne doit pas dépendre de la volonté d'un particulier, dit Gonzalez Tellez, d'empêcher de se produire un effet naturel, que la loi reconnaît au mariage [4].

La méthode exégétique, alors en honneur, avait cela de bon qu'elle amenait à éplucher de près les textes. Mais ce souci de donner une valeur à chaque mot faisait découvrir dans les constitutions bien des choses, qui n'y étaient pas contenues. Il était d'ailleurs dans la destinée des constitutions de Justinien de n'être jamais comprises, puisque, de son vivant même, il fut obligé d'en donner tant d'explications. C'est une de ces explications, qui précisément soulevait la dernière difficulté, qu'il nous reste à voir.

On s'était demandé au temps même de Justinien et après sa première constitution, s'il n'exigeait pas, pour la légitimation des enfants nés avant le mariage, la naissance d'autres enfants après le mariage. Une constitution vint expliquer que cela est inutile ; il suffit qu'il y ait *spes tollendæ sobolis* [5]. Que cette phrase n'ait encore que la valeur d'un exemple, ayant sans doute pour but de montrer seulement quel esprit anime ou doit animer celui qui contracte mariage [6], c'est ce

1. Covarruvias, ch. 8, § 2, 15 : « Hæc tamen omnia non sunt necessaria in legitimatione quæ ex contractu matrimonii fit ».
2. Ant. de Rosellis, ch. *De causa formali legitimationis* 11, et Covarruvias, l. c. 16, énumèrent les partisans de cette doctrine.
3. Covarr. l. c.
4. Sur le c. 1, n. 13. Cf. Esmein, *Mariage*, II, 44.
5. L. 11, C. h. t.
6. Wolf., *op. cit.*, p. 24.

que montre l'absence de toute allusion à cette condition dans les nombreuses constitutions explicatives qui suivirent.

Mais les romanistes concluaient unanimement de ces mots *spes tollendæ sobolis*, que le mariage ne pouvait produire légitimation, si le mari ne pouvait se croire en état de procréer d'autres enfants. Ce n'était pas là d'ailleurs une simple question d'école, une préoccupation de pure exégèse ; on pouvait y voir un intérêt social, les lois françaises postérieures l'ont bien montré, en refusant l'effet légitimant aux mariages *in extremis*, qui facilitent les mésalliances [1]. Sous l'apparence d'une pure discussion de texte, c'est une question très vivante, qui se discutait entre canonistes et romanistes.

Les romanistes apportaient des raisons et surtout, comme il convient, des arguments de textes, pour appuyer la décision prétendue de Justinien : *Non valenti liberos procreare interdictum est matrimonium; actus non debet inchoari eo tempore quo est extinguendum* [2].

Mais les canonistes répondaient victorieusement que le mariage n'est pas interdit à tous ceux qui sont hors d'état de procréer. En principe sans doute celui qui ne peut engendrer, ne peut contracter mariage [3]; cependant le mariage est permis au vieillard, dans quelque état de décrépitude qu'il se trouve [4]. Aussi admettait-on la validité et les effets du mariage contracté *in articulo mortis*. Les docteurs essayaient d'ailleurs, et en cela se montre leur respect persistant du droit romain, de concilier cette solution avec l'exigence de la *spes sobolis*. Ils apportaient deux arguments, dont l'un au moins est bizarre.

D'abord il suffit que le mourant ait l'espoir de guérir et d'avoir un jour des enfants; mais cela ne saurait s'appliquer au vieillard. La deuxième raison est beaucoup plus ingé-

1. Cf. supra, p. 103, ord. 1639.

2. Benedictus de Barziis. n. 41. Bartole sur la l. 11. C. h. t. admet la validité du mariage dans l'intérêt des enfants.

3. Panormitanus in c. 2, X, *De frigidis*, IV, xv. Esmein, *Mariage*, I, 240.

4. Glose sur le c. précité.

nieuse : celui qui se marie pour légitimer ses enfants, a bien l'espoir d'avoir des enfants, puisque, par la légitimation, il veut faire vraiment ses enfants de ceux qui, avant elle, ne méritaient pas encore ce nom. C'est le raisonnement de J. Andreæ. Il est reproduit par un grand nombre d'auteurs [1].

B. — *Effets de la légitimation.*

On peut effacer totalement ou partiellement les déchéances qui frappent les enfants illégitimes. La vraie légitimation est celle qui produit les effets les plus complets. On réserve généralement aux réhabilitations partielles le nom de dispenses. C'est la terminologie à laquelle nous nous sommes conformés dans le plan général de ce travail.

Les canonistes instituent de longues discussions, pour savoir à quelles opérations s'appliquait exactement le nom de *dispensatio* et celui de *legitimatio*. Il est inutile de les suivre sur ce terrain.

La légitimation par mariage subséquent produit d'ailleurs les effets les plus complets. Les docteurs s'accordent généralement sur ce point, que le fils légitimé par mariage est en tous points assimilé au fils légitime; *filium legitimatum esse vere legitimum*, dit, d'après Covarruvias, la *communis opinio* [2]. Même certains canonistes arguent de ces effets pour conclure que le mariage subséquent ne doit pas être classé parmi les modes de légitimation, puisque l'enfant est, après le mariage, non point *legitimatus*, mais *legitimus* [3]. Et cet

1. J. Andreæ sur le c. 6, n. 2 : « Satis est quod sit spes prolis in casum convalescentiæ..... novus filius propter novam ipsius qualitatem creari videtur. » Idem dans A. de Butrio, c. 6, n. 14. Gonz. Tellez argue plus simplement de ce que la légitimation est un effet du mariage et doit se produire du moment qu'il y a mariage « respondetur legitimationem hanc provenire ex sola matrimonii validitate » sur le c. 1, can. 11.

2. Covarruvias l. c., ch. 8, § 8, n. 13.

3. Ant. de Butrio c. 6, n. 3. « Nota quod legitimatio quæ surgit ex contractu matrimonii post nativitatem prolis, non est vera legitimatio, sed habetur talis pro legitimo. »

effet radical est rattaché à la théorie de la fiction, qui recule le mariage avant la conception [1].

Pratiquement on conclut de ces théories que, partout où la loi parle du fils légitime, le texte s'applique en même temps au fils légitimé par mariage. Aucun doute n'existait sur ce point en ce qui concerne le droit civil, c'est-à-dire le droit romain. On se demandait au contraire, si l'on ne devait pas faire une exception pour les statuts, c'est-à-dire pour le droit municipal et coutumier. Pour quelques-uns il fallait ici prendre *legitimus* toujours dans son sens étroit d'enfant né légitime, sans l'étendre au légitimé. Pour d'autres, il fallait distinguer suivant que le statut parle du *legitimus*, ce qui peut s'entendre même du légitimé, ou du *legitime natus*, ce qui l'exclut; car c'est une question de fait et non une question de droit, de savoir si un enfant est né légitime, et la fiction juridique ne peut rien changer à un fait. Pour d'autres enfin, il fallait toujours assimiler le légitimé au légitime [2].

Ces questions se discutent surtout à propos du droit coutumier, sur la succession au fief et en particulier sur le droit d'aînesse. Il est évident que la légitimation par mariage donne la vocation successorale, c'est là son effet principal, c'est pour cela que les deux décrétales d'Alexandre III ont été écrites. Et la vocation successorale comprend en même temps le droit au retrait lignager, à la légitime, à la *querela inofficiosi*, etc. La présence de l'enfant légitimé révoque même, suivant l'opinion générale, les donations, alors même que ces donations seraient faites entre sa naissance et sa légitimation [3]. Ces questions n'étaient pas controversées, inutile de s'y arrêter.

La question discutée est celle de la succession aux fiefs et

1. Panormitanus c. 6., n. 7.

2. Ant. de Butrio c. 6, 3 et Dumoulin I, XIII, gl. 1, n. 36, représentent la seconde opinion. Covarruvias est pour l'interprétation la plus large (l. c. ch. 8, § 8).

3. Covarruvias, loc. cit., n° 31, 26 et 36.

surtout du droit d'aînesse. C'était une question classique pour les légistes italiens; elle se posait sur un texte des *libri feudorum*, qui déniait formellement aux enfants légitimés, le droit de succéder aux fiefs [1]. La pratique était certainement contraire et les auteurs s'ingéniaient à la concilier avec le texte. La réponse classique s'appuyait sur une distinction entre les fiefs, suivant les termes de la concession. La où le fief est concédé *ad posteros ex se legitime descendentes*, le légitimé ne succède pas; il garde tous ses droits au contraire, quand le fief est concédé *ad posteros legitimos*. Depuis Hostiensis tous les canonistes accordent toujours les droits de succession aux fiefs aux légitimés par mariage, prétendant restreindre à la légitimation par rescrit du prince la disposition des *libri feudorum*. La question n'était plus discutée quand Covarruvias écrivait, il rapporte en quelques lignes l'opinion des docteurs, jugeant inutile, sur une question aussi nettement résolue, d'entrer dans de longues explications [2].

Mais les discussions étaient plus vives sur le droit d'aînesse et les solutions moins favorables aux enfants légitimés. La question se pose dans l'hypothèse particulière, où un homme ayant un enfant légitime a, postérieurement à la mort de sa femme, légitimé par mariage subséquent un enfant né avant le premier mariage. Si le fils légitimé a exactement les mêmes droits qu'un enfant légitime, il doit, étant en fait l'aîné, jouir du droit d'aînesse dans la succession paternelle au détriment du fils légitime. Ce résultat paraissait exorbitant à la plupart des auteurs : il semblait monstrueux qu'on pût dépouiller ainsi par une légitimation

1. II, xxvi, 4. Les coutumes de Milan de 1216 admettent au contraire à la succession aux fiefs les enfants légitimés, édit. Berlan 1868. Cf. Kogler, p. 103.

2. Covarruvias, *loc. cit.*, 35 sqq. Panormitanus, c. 6, n. 6 et 7 in glossa *quoad omnia*, « ille textus intelligitur de legitimato per rescriptum principis, quia cum illa legitimatio sit stricti juris, tanquam dispensatio contra jus est restringenda ». Gonz. Tellez est cependant encore d'avis que l'on devrait considérer les termes de la concession, mais il avoue qu'en pratique cette opinion ne se soutient pas (c. 1. com. 10).

postérieure un enfant légitime de droits qui lui paraissaient définitivement acquis.

Johannes Andreæ s'était nettement prononcé contre l'enfant légitimé : la plupart des canonistes le suivaient [1]. A fortiori les auteurs plus légistes que canonistes, comme Dumoulin en France, adoptaient cette opinion [2]. Il reproduit les arguments classiques : la légitimation a un effet rétroactif, mais non au préjudice de droits acquis; le cap. *tanta* déclare que *depuis le mariage* on doit considérer l'enfant comme légitime, mais il ne peut décider, qu'on le considérera comme ayant été légitime avant le mariage, car il y a là une question de fait et contre un fait la fiction juridique est impuissante. Le fils légitime a été, c'est là un fait, le premier enfant légitime. Le droit d'aînesse a pris racine en lui et ne peut lui être ôté.

L'argumentation n'était pas péremptoire. La solution est en effet en contradiction avec la théorie générale, que nous exposerons, sur la nature de la légitimation. Si celle-ci est une fiction faisant remonter le mariage avant la naissance, on doit considérer le légitimé comme ayant toujours été légitime. Aussi quelques auteurs avaient-ils des scrupules; ils faisaient remarquer que, tant que le *de cujus* est vivant, il ne saurait y avoir de droits acquis à la succession, mais seulement des espérances. Mais ces auteurs dissidents sentaient bien que la pratique leur serait toujours contraire, qu'on ne pousserait jamais aussi loin la faveur de la légitimation, et Covarruvias, qui rapporte toute cette discussion, semble ne pas oser prendre parti.

Au point de vue temporel donc et sauf cette question, d'ailleurs assez peu pratique, du droit d'aînesse, la légitimation par mariage subséquent produit les effets les plus complets. On se demandait s'il devait en être de même au point

1. Covarruvias, loc. cit., ch. 8, § 2, n. 34. Gonz. Tellez, c. 1, com. 9.

2. Dumoulin, *Cout. de Paris*, I, XIII, gl. 1, n. 35. « Non competit jus primogenituræ, quamvis ætate sit antiquior, sed legitime nato, qui primus suus et legitimus natus est patri suo ».

de vue spirituel. On exige de ceux qui sont chargés de la conduite des âmes et élevés à certains honneurs, qu'ils soient nés d'un mariage légitime. La légitimation après coup produit-elle les mêmes effets? Le mariage subséquent suffit-il, sans dispense, pour entrer dans les ordres? Non, disent les uns, parce que le légitimé n'est pas, comme le veulent les canons, *de legitimo matrimonio natus;* oui, répondent les autres, parce que toute *causa turpitudinis* est effacée par le mariage [1].

La question se discutait traditionnellement sur le cap. 20, *de electione*. Le texte dans l'édition officielle en est tronqué, et, si l'on examine les *partes decisæ*, on voit que, suivant certaines éditions du moins, il y avait eu mariage subséquent, ce qui n'empêche pas le pape d'annuler l'élection faite du légitimé pour le siège épiscopal.

Mais les glossateurs et la plupart des canonistes n'ont pas eu connaissance du texte complet, ou n'en tiennent pas compte; et d'ailleurs il semble bien que dans le texte véritable il ne soit pas question de mariage subséquent. La décrétale d'Innocent III laisse donc en réalité la question entière [2].

La glose, qui discute le problème, se prononce en faveur de la légitimation [3]. C'était la solution la plus généralement adoptée [4].

C. — *Théorie juridique de la légitimation.*

Il y a toujours deux choses à distinguer dans une doctrine juridique, les solutions pratiques et la théorie sur la nature

1. Pour : Alanus. Contre : Huguccio. Glose d'Alanus sur le c. 6, I, XVIII de la Compil. I. (Schulte, *Litteraturgeschichte der compilationes antiquæ* dans les comptes rendus de l'Académie de Vienne LXVI, 1871, p. 94) et sur le c. 6 X, I, XVII, Cf. Kogler, p. 104.

2. On a discuté plus haut p. 155, n. 5, l'interprétation de ce texte.

3. V° *Conjugata*.

4. Panormitanus sur le c. Tanta h. t. n° 7 in fine. Antonius de Butrio, id., n. 13. Fagnanus. *De fil. presbyt.*, c. *ad extirpandas*, n. 33.

et le caractère de l'institution. Logiquement les solutions sont commandées par la nature de l'institution, pratiquement on cherche d'abord les solutions et l'on construit la théorie ensuite. Il arrive seulement qu'une fois construite elle réagisse à son tour sur les solutions, mais somme toute elle en est beaucoup plus souvent l'effet que la cause. On connaît maintenant les solutions données sur la plupart des problèmes, que soulève la légitimation; on peut étudier la théorie que les canonistes ont construite pour en rendre compte.

Justinien ne semble pas avoir pris la peine de se faire une théorie; il a visé des résultats pratiques. On peut dire néanmoins qu'il a considéré la légitimation par mariage non pas comme un effet naturel et rétroactif du mariage, mais comme une faveur de la loi. Il met trop de vaniteuse insistance à montrer qu'il est l'auteur de ce mode de légitimation, pour que nous en puissions douter. Il a cependant une conception, qui semble un peu en contradiction avec cette manière de voir, et qui est dans une certaine mesure analogue à celle des canonistes. Il dit avoir inventé la légitimation pour revenir au droit naturel, qui n'établit point de distinctions entre les enfants. Mais il est clair qu'il ne faut pas attacher trop d'importance à ces considérations générales et baser sur elles toute une théorie. Elles peuvent nous servir à découvrir l'esprit qui animait le législateur, mais non point à distinguer la théorie juridique de l'institution qu'il a créée. La légitimation serait inutile, si l'égalité existait, en droit civil comme en droit naturel, entre les bâtards et les enfants légitimes [1].

La loi 10 *in fine* semble nous mettre sur la voie d'une

1. Ces idées d'égalité naturelle entre enfants sont d'ailleurs inconnues du droit canonique. J. a Turre Cremata, C. 35, Q. 7, reproduit la doctrine de saint Thomas (*Suppl.*, q. LXVIII, 2). « Et ideo non dicimus quod sit pœna alicui quod non succedit in regno aliquo per hoc quod non est filius regis ; et similiter non est pœna quod alicui, qui non est legitimus, non debentur ea quæ sunt legitimorum filiorum. »

théorie juridique. La rédaction des *instrumenta nuptialia*, dit l'empereur, montre que, dès le début des relations entre l'homme et la femme, existait entre eux une affection telle qu'elle rendait celle-ci digne du nom d'*uxor* [1]. On pourrait tirer de là toute une théorie de la légitimation ; l'absence d'*instrumentum dotale* fait présumer l'absence de cette *affectio maritalis*, qui fait le mariage. Mais une seconde présomption peut faire tomber la première. Et cette seconde présomption résulterait de la rédaction après coup des *instrumenta dotalia*, qui montre que dès le début a existé l'*affectio maritalis*.

Seulement il y aurait alors légitimité et non légitimation. D'ailleurs il n'y a pas à s'arrêter à ces considérations. Justinien n'y a pas attaché cette importance. Ce n'est pas une théorie de la légitimation qu'il a voulu faire, mais une belle phrase de l'exposé des motifs, qu'il a voulu écrire. Il dit lui-même dans la constitution suivante, qu'il visait une personne n'ayant pas eu dès le début l'*affectio maritalis*.

Il semble donc bien qu'il n'y ait pas eu en droit romain de théorie de la légitimation. Mais, comme le dit M. Esmein [2], il y avait des germes d'une théorie, qui s'imposait d'ailleurs presque par la nature même des choses. Puisqu'il faut qu'au moment des relations entre les concubins, le mariage ait été possible, il semble naturel de considérer la légitimation comme une fiction reculant le mariage jusqu'au moment de la conception. C'est cette notion que les canonistes dégageront.

Quand les premiers canonistes commentateurs du Décret de Gratien et les papes ont introduit dans le corps du droit canonique cette institution romaine, ils n'ont certes pas songé à construire la théorie, que les textes romains ne leur fournissaient pas. Mais nous pouvons cependant découvrir

1. C. J. h. t. 10 « Neque enim verisimile est, eum qui postea vel donationem vel dotem conscripserit, ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quæ eam dignam esse uxoris nomine faciebat ».
2. Esmein, *Mariage*, II, 41.

assez nettement dans les textes l'idée qu'ils pouvaient s'en faire.

Pour qui n'a pas étudié dans le détail les textes romains et les conditions mises à la légitimation, une règle simple se dégage : le mariage rend légitime les enfants même antérieurs à sa célébration. La légitimation apparaît comme un effet, comme une conséquence naturelle du mariage.

Mais l'Église avait dès lors du mariage une idée bien plus haute que celle du droit romain. Dans la seconde moitié du XIIe siècle, à l'époque où la légitimation entre dans le droit canonique, la théorie du mariage, à laquelle cette légitimation se rattache étroitement, était déjà élaborée. Le mariage est un sacrement, et c'est précisément à ce caractère de sacrement, qu'on rattache certains des traits les plus importants du mariage canonique et en particulier l'indissolubilité [1].

Aussi par une conception simple et naturelle, Alexandre III et ses contemporains semblent avoir considéré la légitimation comme un effet du mariage, comme une conséquence du sacrement. La légitimation n'est pas une faveur de la loi, une fiction du droit, elle est un effet naturel de la force du sacrement : *tanta est vis sacramenti* [2].

Cette théorie est différente de celle du droit romain et l'on voit immédiatement qu'elle correspond bien à la faveur avec laquelle l'Église considéra la légitimation, quand elle l'eut adoptée. Cette première théorie simpliste ne devait jamais être oubliée. Mais on la compléta par la suite.

Elle ne pouvait rendre compte en effet des conditions de forme et de fond mises à la légitimation. Mais justement plusieurs de ces conditions disparaissaient dans le droit canonique, l'une (nécessité de l'*instrumentum dotale*) parce qu'elle est en contradiction avec la théorie du mariage purement consensuel, l'autre (nécessité du consentement des

1. Esmein, *op. cit.*, I. 64.
2. Le texte publié aux décrétales de Grég. IX, c. 6 dit « vis matrimonii », mais l'*App. ad conc. Later.* donne « vis sacramenti ».

enfants) par un esprit général de faveur envers la légitimation. Notre théorie ne fut peut-être pas étrangère à la disparition de cette dernière condition. Si la légitimation est un effet naturel du mariage, elle doit se produire même contre la volonté des enfants. Du moins les canonistes expliquent par la théorie nouvelle les solutions admises [1].

Cette conception aurait dû logiquement amener à décider que la légitimation est de droit naturel et ne tire sa force ni de la loi romaine, ni des décrétales des papes. Mais si telle fut peut-être la conception primitive, celle qui s'accorde le mieux avec les expressions mêmes d'Alexandre III, les canonistes se rendaient trop bien compte, pour l'adopter franchement, que notre institution leur venait du droit romain, dont ils alléguaient continuellement les textes [2]. Et puis la théorie complémentaire, qu'ils avaient construite sur les indications des textes romains, celle de la fiction reculant le mariage, les obligeait à classer la légitimation dans les institutions du droit positif, car le droit naturel et divin ne connaît pas les fictions juridiques.

Les canonistes complétaient en effet la théorie exposée par l'admission d'une fiction. Il y a évidemment quelque contradiction entre ces deux parties de leur doctrine. Car si la légitimation était un effet naturel du mariage ou du sacrement, il n'y aurait pas à rattacher ses effets à une fiction de droit. Mais les docteurs ne semblent pas s'être embarrassés de ces difficultés; Panormitanus cite à tour de rôle et suivant les besoins les deux théories [3].

Ce qui amenait naturellement à expliquer par une fiction l'effet légitimant du mariage, c'était cette condition déjà

1. Esmein II, 44. Panormitanus, c. 6, n. 2 déclare nettement que, si l'*instrumentum dotale* n'est pas nécessaire, c'est que la légitimation est un effet naturel de la force du mariage. Gonz. Tellez, c. 1. com. 13, explique par la même raison que le consentement des enfants ne soit pas exigé.

2. Gonz. Tellez, c. 1. n. 13. « Unde deducitur legitimationem hanc esse iuris positivi », mais c'est pour lui naturellement une création du droit positif ecclésiastique.

3. Panormitanus, sur le c. 6, n. 2.

connue du droit romain, que les parents doivent lors de la conception avoir été habiles à contracter mariage.

Logiquement on aurait pu choisir entre deux fictions : fiction que la naissance a eu lieu après le mariage, fiction que le mariage a eu lieu avant la naissance ; on pouvait retarder la naissance ou reculer le mariage. Panormitanus a songé à la première fiction [1], mais il ne s'y arrête pas et les autres canonistes ne le suivent pas sur ce terrain, bien que cette fiction eût peut-être mieux rendu compte de certaines solutions.

C'est à cette théorie, qui suppose le mariage antérieur à la naissance, que les canonistes rattachent les conditions et effets de la légitimation. C'est à cause de cette fiction que les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être légitimés par mariage subséquent [2] ; là est évidemment l'origine et la cause de toute la théorie. C'est à cause de cette fiction que le fils légitimé est considéré comme l'égal du fils légitime, par un effet que l'on compare au *postliminium* [3] ; les enfants naturels sont, depuis leur naissance jusqu'au mariage, fictivement légitimes, et vraiment légitimes depuis le mariage. C'est à cause de cette fiction que les petits-enfants, nés d'un enfant naturel prédécédé, sont légitimés par le mariage de leur grand-père.

Mais il ne faudrait pas exagérer l'importance réelle, que les canonistes eux-mêmes donnent à leur théorie. Elle n'explique pas toutes les solutions admises, par exemple le refus du droit d'aînesse [4]. La théorie est ici — comme d'habitude —

1. Pan. c. 6, n. 7.

2. Gonz. Tellez, c. 6, n. e.

3. Gonz. Tellez, c. 1 com. 8 « quia juris fictione retro trahitur legitimatio hæc ad tempus nativitatis. »

4. La fiction supposant la naissance postérieure au mariage eût au contraire donné une explication logique. Si l'enfant est supposé né après le mariage qui le légitime, il est *puiné* par rapport au fils légitime du précédent mariage. Il y avait encore contradiction entre la fiction admise et la possibilité de légitimer malgré un mariage intermédiaire. Mais on expliquait que, pour qu'une fiction opère, il suffit que l'état de droit supposé soit possible aux deux points

une explication après coup de solutions admises pour des considérations étrangères.

extrêmes : *Interregna non nocent*. Cf. Esmein, *Mariage*, II, 42 et 43 et textes cités.

CHAPITRE III

LA LÉGITIMATION PAR RESCRIT DU PAPE

Pour les canonistes l'histoire de la légitimation par rescrit du pape tient toute entière dans deux décrétales d'Innocent III, rendues à quelques mois de distance. Il y a peut-être eu des actes antérieurs; on trouve trace d'une demande de légitimation adressée au pape par Charles le Gros [1]. Mais outre que l'on n'a sur ce point qu'un seul texte, dont les termes ne sont pas clairs, c'est un fait qui, au point de vue de la théorie canonique, n'a pas d'importance, car les canonistes ne l'ont pas connu, et il est clair, d'après les termes mêmes qu'emploie Innocent III, qu'il croit être le premier à faire une légitimation *ad temporalia*.

La légitimation par rescrit du pape est donc établie par deux textes et par deux faits : la légitimation des enfants d'Agnès de Méranie, le refus de légitimer les enfants de Guillaume de Montpellier. C'est parmi les canonistes une ques-

1. Ann. Fuldenses. D. Bouquet, VIII, 45. « Imperator cum suis apud Francofurtum colloquium habuit, missisque Papæ nuntiis, Hadrianum pontificem invitavit in Franciam. Voluit enim, ut fama vulgabat, quosdam episcopos irrationabiliter deponere et Bernhartum filium suum ex concubina hæredem regni post se constituere ; et hoc, quia per se posse fieri dubitavit, per Pontificem romanum quasi apostolica auctoritate perficere disposuit. » Cf. Du Plessis de Grénedan, *Puissance paternelle*, p. 301. Dümmler, *Jahrbücher des Ostfränkischen Reiches*, II, p. 247.

tion célèbre, et la décrétale *per venerabilem* [1], qui en contient les principes, est le siège d'interminables discussions. Mais ce qui s'y agite, c'est un intérêt plus général et une question plus haute que celle de la légitimation des enfants naturels. A propos du droit du pape de légitimer en terre d'empire et pour le confirmer ou le contester, on discute toute la question des rapports du sacerdoce et de l'empire. Nous ne suivrons pas bien entendu les canonistes sur ce terrain.

Il convient d'abord d'étudier les faits, sur lesquels toute la doctrine est basée, et la théorie qui s'en dégage. Puis, après avoir mentionné un certain nombre de cas de légitimation papale, dont les canonistes ne paraissent pas avoir eu connaissance, on étudiera la formation de la doctrine classique.

§ 1. — *Les enfants de Philippe Auguste et les enfants de Guillaume de Montpellier.*

L'histoire des faits ne sera pas longue à raconter. Elle a été faite en détail et avec soin déjà et on la trouvera en particulier dans le livre de Davidsohn sur Philippe Auguste et Ingeburge [2].

Philippe Auguste, à peine âgé de quinze ans, épouse la fille de Baudouin de Hainaut, nièce du comte Philippe de Flandre; il en a un fils en 1187, c'est le futur Louis VIII. La reine, Élisabeth, meurt le 15 mars 1190 et le roi épouse en secondes noces, le 14 août 1193, Ingeburge, fille du roi de Danemark.

Ce mariage ne fut pas heureux. Le roi manifesta dès le

1. Panormitanus sur le c. 13. *Qui filii*. 1. « Difficile et multum famosum capitulum ». — Antonius de Butrio in eod. « Hæc est solemnis decretalis obscure decidens quod principaliter intendit, ipsam declarabo iuxta possibilitatem mihi a Deo concessam ».

2. C'est son récit que nous suivons.

début pour la reine une horreur physique, que les contemporains ont cherché à expliquer de toutes façons, sorcellerie, impuissance ou défaut physique caché de la reine [1]. Peu nous importe aujourd'hui d'ailleurs, car Philippe allégua, pour faire annuler le mariage, non point la sorcellerie ou l'impuissance, mais la parenté. Peut-être, comme le suppose Davidsohn, la procédure lui parut-elle trop longue pour le cas de frigidité [2], peut-être reculait-il devant la difficulté de la preuve. Il était beaucoup plus aisé de prouver par témoins une généalogie de fantaisie.

Philippe prétendit donc qu'Ingeburge était parente au degré prohibé [3] de sa première femme, Élisabeth. Il trouva, pour l'affirmer sous serment, cinq évêques, cinq grands seigneurs et quatre chevaliers, dont le témoignage semble avoir aisément convaincu une assemblée de prélats en partie gagnée d'avance. Le jugement fut rendu le 4 novembre 1193 par l'oncle du roi, Guillaume aux blanches mains, archevêque de Reims.

On ne voit pas qu'il y ait eu d'appel régulièrement formé. Mais certainement le roi de Danemark et Ingeburge prièrent le pape d'intervenir et lui démontrèrent la fausseté de la généalogie produite par le roi. Le pape Célestin III se décide à agir assez mollement au début de 1195; il envoie en France des légats chargés de remettre au roi une lettre, dans laquelle le pape lui ordonne de traiter Ingeburge comme sa femme. En même temps Célestin écrit directement à l'archevêque de Reims, déclarant nul un jugement, qui n'est à ses yeux qu'une comédie [4], et lui ordonnant de s'opposer à un nouveau mariage, si le roi voulait en contracter un. La même défense fut faite peu après au roi lui-même [5].

1. On trouvera dans Brachet, *Pathologie mentale des rois de France*, Paris, 1903, p. 307, une discussion intéressante sur l'anaphrodisie de Philippe Auguste dans cette circonstance et ses causes (état neurasthénique du roi consécutif à la suette, qu'il avait contractée en terre sainte).

2. Davidsohn, *op. cit.*, 37.

3. Quatrième degré, Davidsohn, p. 43, 44.

4. Davidsohn, *op. cit.*, p. 36.

5. Davidsohn, *op. cit.*, p. 59.

Les choses traînaient en longueur. Une assemblée de prélats semble avoir adressé au roi, sur l'ordre du pape, le 7 avril 1196, de paternelles remontrances, l'engageant à reprendre Ingeburge. Mais en somme le roi avait jusqu'ici évité une déclaration formelle et judiciaire de la validité de son mariage avec Ingeburge. En 1196, au mois de juin, il épousait une jeune fille d'une grande beauté, Agnès, fille du duc Berthold de Meran.

Le premier jugement de divorce avait été cassé par le pape, mais l'affaire n'avait pas été jugée au fond par lui, et le roi entendait retarder la sentence, tant qu'il ne serait pas sûr de la voir rendre dans un sens favorable à ses prétentions.

Mais le 8 janvier 1198 Célestin III était mort, laissant le siège pontifical à un pape plus énergique, Innocent III. Plusieurs fois celui-ci écrit directement au roi et finit par le menacer de frapper le royaume d'interdit. Le roi ne cédant pas, l'interdit est prononcé par le légat du pape ; il ne fut que partiellement appliqué, car bien des évêques résistèrent.

Pourtant, en 1201, Philippe Auguste consentant à renvoyer Agnès, l'interdit est levé et l'on recommence enfin le procès sur la validité du mariage du roi et d'Ingeburge. L'assemblée était réunie à Soissons sous la présidence du légat du pape Octavianus. Peut-être le légat avait-il été gagné par le roi; toujours est-il qu'il semblait lui être favorable et que les partisans d'Ingeburge voulurent le récuser et en appeler au pape avant toute sentence. Mais Octavianus, étant nommé par le saint-siège *appellatione remota*, refusa d'admettre l'appel. Le roi, prenant prétexte de ces discussions, arrêta le procès [1].

Le pape nomma un autre légat, Jean de Saint-Paul, cardinal de Saint-Prisca; Philippe Auguste essaya de le gagner, comme il l'avait peut-être fait pour le premier, mais celui-ci se tint sur la réserve et refusa les présents du roi. Le pro-

1. Davidsohn, *op. cit.*, p. 101.

cès recommença. Craignant une sentence défavorable, le roi tout d'un coup déclara ne plus vouloir de séparation et se retira brusquement en emmenant Ingeburge.

Puis, écrivant au pape, il lui explique qu'il consentira à poursuivre le procès, quand on lui aura donné d'autres juges et ayant mission de terminer dans un temps donné et sans appel. En même temps le roi essayait — déjà après le procès de Soissons il l'avait demandé — d'obtenir du pape la légitimation ou la déclaration de légitimité des deux enfants qu'il avait eus d'Agnès de Méranie. Le pape refusait, il voulait le jugement régulier du procès.

Sur ces entrefaites Agnès mourait, le 19 ou le 20 juillet 1201. Elle laissait deux enfants, Marie et Philippe, qui fut Philippe Hurepel, le premier comte apanagiste de Clermont en Beauvaisis. Agnès étant morte, le scandale cessait. Innocent III se laissa fléchir et accorda au roi ce qu'il lui demandait depuis longtemps, la légitimation de ses enfants. Le pape d'ailleurs avait à ce moment besoin du roi de France dans sa lutte contre l'empire. Le roi consentait à reprendre Ingeburge, avec laquelle cependant il n'eut jamais de relations; du moins il ne contracta point de nouvelle union.

Davidsohn prête au pape un calcul plus profond. Le roi n'avait, en dehors de ses deux enfants légitimés, qu'un fils, Louis VIII; que ce fils vînt à mourir et c'était Philippe, l'enfant qui devait au pape sa légitimation et son trône, qui devenait roi de France. Quelle autorité cette situation ne donnerait-elle pas au Saint-Siège [1].

Il est possible que ces considérations aient été présentes à l'esprit du pape ; mais nous n'en savons rien, et les raisons beaucoup plus simples données en premier lieu semblent

1. « Es wäre vom päpstlichen Standpunkt aus gewiss nicht unvorteilhaft gewesen, wenn etwa einmal auf dem Throne Frankreichs ein König gewesen wäre, dessen Legitimät sich von des Papstes Gnade herleitete. » Davidsohn, p. 179. Kogler pense également (*Legitimatio per rescriptum*, p. 19) que le pape n'était pas fâché, en accordant cette faveur au roi « seine Macht wieder auf einem neuen Gebiete zu bestätigen. »

après tout largement suffisantes à expliquer la conduite d'Innocent III.

Cette légitimation des enfants d'Agnès de Méranie avait suscité en France un grand intérêt. On la blâmait généralement, parce qu'on la trouvait injurieuse pour la reine Ingeburge, dont les malheurs avaient excité la pitié [1]. En tout cas, elle fut rapidement connue partout et donna naturellement espoir à d'autres parents d'obtenir pour leurs enfants naturels une faveur semblable.

Quelques mois après la bulle de légitimation, un seigneur du midi, Guillaume de Montpellier, faisait demander au pape de légitimer ses enfants adultérins. La requête était adressée à Innocent par l'archevêque d'Arles.

La situation de Guillaume était fort analogue à celle du roi. Il avait renvoyé, en 1187, sa femme Eudoxie [2], dont il avait une fille, et s'était uni depuis à Agnès d'Aragon, qui lui avait donné plusieurs enfants, dont deux fils. La légitimation était encore plus nécessaire pour lui que pour le roi, puisque le roi avait un enfant mâle légitime et que Guillaume ne pouvait avoir d'héritier mâle que grâce à la légitimation papale. Il demandait donc au pape cette faveur, en faisant valoir un certain nombre d'arguments théoriques, sur lesquels on reviendra. Mais le pape refusa pas la célèbre décrétale *per venerabilem*, qui est des derniers mois de 1202 [3].

Il refuse, parce que, dit-il, les deux cas sont tout à fait dissemblables et que la bonne foi, qu'il se plaisait à récompenser dans Philippe Auguste, n'existait pas chez Guillaume. Et vraiment, s'il fallait, comme on le verra, une grande bienveillance et un volontaire aveuglement, pour admettre la bonne foi du roi, il était absolument impossible de croire, ou de faire semblant de croire à celle de Guillaume de Montpellier. Lui-même n'avait rien fait pour y faire croire, et, sans

1. Molitor, *Die Decretale per venerabilem*, p. 30.
2. Fille de l'empereur byzantin Emmanuel Comnène II.
3. Elle est certainement postérieure au 7 sept. 1202, date de la mort de Guillaume, archevêque de Reims. Davidsohn, p. 175.

sacrifier aux apparences en invoquant des prétextes et en les appuyant de faux témoignages, comme le roi, il avait simplement renvoyé sa femme sans aucune forme de procès et sans alléguer d'autre raison que son détestable caractère et son insupportable fierté. Il avait été pour cela frappé d'une excommunication, qu'il avait tranquillement bravée [1].

C'étaient là des raisons suffisantes pour appuyer le refus du pape. On peut ajouter évidemment qu'Innocent III n'avait pas, pour ménager un Guillaume de Montpellier, les mêmes raisons qu'il avait de se concilier le roi de France. Mais ce qui fait l'intérêt de cette décrétale, ce n'est pas le cas particulier, ce sont les raisons théoriques alléguées, pour établir le droit du pape et son exacte étendue.

§. 2. — *La théorie d'Innocent III et les intentions de Philippe Auguste.*

La théorie officielle de l'Église sur la légitimation par rescrit du pape se trouve donc contenue dans deux bulles écrites toutes deux par le même pape Innocent III, à moins d'un an de distance. Nous avons là deux expressions des idées d'Innocent III sur ce point ; la seconde plus détaillée, plus circonstanciée, contient évidemment son opinion réfléchie. Il est visible que, si le pape a répondu à Guillaume de Montpellier par un texte aussi détaillé, c'est que Guillaume et l'archevêque d'Arles avaient invoqué le précédent de Philippe Auguste, et qu'il importait de fixer la doctrine. Le pape a dû peser avec soin les termes de cette décrétale et il avait évidemment sous les yeux la première en rédigeant la seconde [2]. Cela résulte à l'évidence des faits mêmes et de la comparaison des deux textes.

1. Molitor, p. 17 et 18 et le texte même de la décrétale c. 13, X, IV, xvii. Hurter, *Histoire du pape Innocent III*, trad. St Chéron II, 25. Cf. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, III, p. 67 sqq.
2. Molitor, p. 12.

On conçoit donc l'importance que ces textes ont prise dans la doctrine canonique. La question est grave, car c'est la question même des rapports de la papauté et du pouvoir temporel; le texte est important, parce que les principaux arguments invoqués dans la lutte du sacerdoce et de l'empire y sont rapportés et qu'ils sont rapportés par le pape Innocent III, dont on connaît d'ailleurs la fière attitude vis-à-vis de l'empereur. Tout contribue à faire de la décrétale *per venerabilem* un texte fameux. Comme le dit le dernier canoniste qui l'ait étudiée de près, le chanoine Molitor [1], elle prend place à côté des autres décrétales sur les rapports des deux puissances, la décrétale *novit* [2], la décrétale *solitæ* [3], la bulle *unam sanctam*. C'est surtout à ce point de vue qu'elle a été étudiée [4]. La question qui nous occupe, n'est pas si vaste et nous ne retiendrons de ces grandes théories que ce qui est nécessaire à son intelligence.

Les doctrines soutenues dans l'Église sur la suprématie du pouvoir spirituel sont variables, et dans la masse des écrits privés et des manifestations officielles de la pensée ecclésiastique, M. Viollet a distingué deux courants, deux systèmes, l'un pur, l'autre atténué [5]. D'après le premier, les princes sont les subordonnés des papes et n'ont le glaive temporel que pour s'en servir comme leurs délégués; c'est la pure doctrine théocratique. D'après le second, une distinction est établie; soit que le pape se déclare compétent seulement au point de vue spirituel, pour connaître *de peccato*, soit qu'il limite, d'une façon d'ailleurs vague, sa suprématie au point de vue temporel à des circonstances extraordinaires.

Innocent III semble quelquefois se rattacher à la seconde doctrine : dans la décrétale *novit*, où il ne veut connaître

1. Molitor, p. 6 et 7.
2. c. 13 X, *de judiciis* II, I.
3. c. 6 X, *de majoritate et obedientia*, I, XXXIII.
4. C'est à ce point de vue que se place le chanoine Molitor dans l'étude précitée.
5. Viollet, *Hist. des institutions politiques de la France*, II, p. 272.

que *de peccato*, dans la décrétale *per venerabilem*, où il réduit à quelques cas extraordinaires les matières temporelles de sa compétence.

Mais il maintient d'ailleurs toujours ferme le principe de la supériorité du pape sur le pouvoir temporel. Il y revient à plusieurs reprises, et la première collection des décrétales d'Innocent III, composée sur son ordre par Rainier de Pomposi, contient un titre dont la rubrique est : *quod sacerdotium majus sit regno* [1].

Ce n'est pas d'Innocent III, du pape qui disposa de l'empire et délia les sujets de l'empereur du serment de fidélité [2], qu'il faut attendre un abandon quelconque des prétentions théocratiques du Saint-Siège. Dès le sermon prononcé le jour de son sacre, il s'attache à justifier la prééminence du pouvoir papal. Il s'applique la parole du prophète : « je t'ai établi au-dessus des peuples et des royaumes, pour que tu arraches et que tu détruises et aussi pour que tu bâtisses et que tu plantes ». Il a reçu de Dieu la mitre, signe de sa domination religieuse et la tiare, qui lui confère la domination terrestre. Ailleurs, il reprend la comparaison du soleil et de la lune, qui symbolise la double puissance temporelle et spirituelle et il affirme que c'est à Rome que les deux puissances ont leur siège, c'est dans la puissance du siège apostolique que se confondent l'autorité de l'empire et l'autorité du sacerdoce [3].

Innocent III est donc bien un partisan de la doctrine théocratique, il pouvait paraître superflu de le montrer, mais, suivant les circonstances, il exprime ses principes tantôt d'une manière très générale et étendue, tantôt en termes atténués, mais sans jamais préciser les limites qu'il semble parfois admettre à sa puissance, pour ne point faire lui-même obstacle aux prétentions que les circonstances lui

1. Migne, Patr. CCXVI, p. 1173, titre II.
2. Précisément en 1201, à la veille d'écrire nos deux décrétales.
3. Luchaire, *L'avènement d'Inn. III*, p. 695 et 697. Migne, CCXVII, c. 657 sqq. CCXIV, c. 377. Voyez les textes cités par Molitor, p. 46 et 47.

permettraient de faire valoir dans d'autres pays ou dans d'autres temps. L'étude des deux décrétales de légitimation confirmera cette opinion.

Dans la bulle qui légitime les enfants d'Agnès de Méranie, le pape commence par affirmer son droit de légitimer. Il se base sur l'interprétation extensive d'une pratique courante non contestée, la légitimation *ad sacra*. L'argument *qui peut le plus*, *peut le moins*, lui semble établir suffisamment son droit. Celui qui peut légitimer *ad sacra*, peut a fortiori légitimer *ad temporalia*, cela résulte de la supériorité connue du spirituel sur le temporel. Voilà le principe général posé [1].

Si on le conteste, un argument spécial à l'espèce présente lui permet d'affirmer qu'il possède ce pouvoir *au moins* dans le cas où le pape est seul à pouvoir accorder à celui qui la demande, la faveur d'une légitimation. C'est le cas ici, puisque Philippe Auguste n'a point d'autre supérieur à qui s'adresser [2].

Son pouvoir étant bien établi, le pape donne les raisons qu'il a, dans le cas particulier des enfants de Philippe Auguste, pour accorder la légitimation demandée. Le roi n'a qu'un héritier mâle; la sentence qui annulait son mariage, n'a été cassée que pour vice de forme; personne ne lui avait, avant son union avec Agnès, interdit de contracter un nouveau mariage; il était de bonne foi en croyant à la nullité du premier, car, pensant avoir établi le lien de parenté entre Ingeburge et sa première femme, il pouvait, il devait même croire à la validité de son union avec Agnès. Pour toutes ces raisons, le pape accorde par faveur spéciale aux

1. « Apostolica Sedes..... prædecessorum nostrorum temporibus, diversis causis inspectis, cum quibusdam minus legitime genitis dispensavit, etiam ex adulterio procreatis; quos ad actus spirituales legitimans, in pontifices quoque promoveri concessit, cum igitur major idoneitas in spiritualibus quam in sæcularibus requiratur, dubitari non potest quin ipsa tales ad actus legitimare valeat sæculares. » Migne, CCXIV, 1191.

2. « Præsertim ad petitionem eorum qui præter romanum pontificem alium inter homines superiorem minime recognoscunt habentem hujusmodi potestatem », id.

enfants naturels du roi le titre d'enfants légitimes, effaçant la tache de leur naissance.

Voilà le premier document. Il est, comme le montre cette analyse, fort simple. Il contient l'affirmation très nette du pouvoir papal de légitimation et l'appuie sur le simple argument du plus au moins. Une seule réserve est faite, qui semble une réponse à des objections prévues ; le pape a accordé la légitimation, parce que le roi la lui a demandée, et à qui l'aurait-il demandée, puisqu'il ne connaît parmi les hommes d'autre supérieur ?

Guillaume de Montpellier avait invoqué le précédent des enfants d'Agnès de Méranie. Le pape avait déclaré pour ceux-ci : *legitimationis titulo decoramus... ut nullus eis in natalibus defectus obsistat.* Guillaume lui avait demandé *legitimationis titulo decorare quatenus eis, quominus... succederent, natalium objectio non noceret.*

Le pape se réfère aussi à la précédente bulle, mais, tout en atténuant l'affirmation de ses prétentions, il les renforce de quelques arguments nouveaux.

On a dit que ces arguments sont, non point ceux sur lesquels le pape prétend établir son droit, mais ceux que Guillaume a donnés à l'appui de sa demande. Il est possible que ces arguments lui aient été indiqués par la demande de l'archevêque d'Arles, mais, quand cela serait, le pape, en les reproduisant, les fait siens. Dire qu'il les reproduit sans vouloir les juger, sans se les approprier ni les réfuter, c'est peut-être exagérer cette prudence, cette crainte à la fois de se compromettre et d'abandonner de ses droits, qui caractérise, comme on le verra, cette décrétale [1].

D'ailleurs l'argument principal, et il est bien d'Innocent III celui-là, est toujours le même : le pape a a fortiori le droit de légitimer *in temporalibus*, puisqu'il a le droit incontesté de légitimer *in spiritualibus*. Les autres arguments sont des arguments d'analogie, qui appuient celui-là.

1. Molitor, p. 40.

La dignité épiscopale détruit la puissance paternelle, les ordres sacrés affranchissent l'esclave. Voilà bien des cas où un acte de l'autorité spirituelle produit des effets au temporel sur l'état des personnes. Ne serait-il pas monstrueux en somme, qu'une personne légitime au point de vue spirituel ne le fût pas au point de vue temporel?

Mais ce qui frappe dans la façon dont les arguments sont présentés, c'est la timidité relative de l'expression, l'atténuation dans la forme des prétentions du pontife. Il est visible que, sans rien abandonner formellement de ses droits, il cherche à froisser le moins possible les susceptibilités éveillées. Là où la première bulle disait : *dubitari non potest*, la décrétale *per venerabilem* dit : *verisimilius et probabilius* [1].

En légitimant les enfants de Guillaume, le pape, bien qu'il ait le droit de le faire, léserait des droits certains. Le roi, qui ne connaît aucun supérieur au temporel, n'a lésé le droit de personne en se soumettant au pouvoir du pape; il l'a fait volontairement, puisque, suivant certains, il pouvait légitimer lui-même ses propres enfants. Guillaume ne peut en faire autant. Il n'est pas en son pouvoir de se soustraire à la juridiction du roi, pour se soumettre à celle du pape. Voilà qui contredit presque les prétentions de la papauté; il y avait déjà quelque chose de ce raisonnement dans la première décrétale, mais avec beaucoup moins de force [2].

La fin de la décrétale est consacrée de nouveau à établir la juridiction du pape au temporel, tout en la conciliant avec ce qui précède. Innocent essaye visiblement ici d'apporter, sans offenser le pouvoir temporel, une apparente précision. La compétence pontificale est absolument générale, dit-il, mais il ne l'exerce que *casualiter*, *certis causis inspectis*, et

1. Bulle de légitimation des enfants de Philippe Auguste : « dubitari non potest quin ipsa tales ad actus legitimare valeat sæculares » (Migne, CCXIV, 1191). Décretale *per venerabilem* : « verisimilius creditur et probabilius reputatur, ut eos ad actus legitimare valeat sæculares » (13, X, IV, XVII).

2. « Insuper cum rex superiorem in temporalibus minime recognoscat, sine juris alterius læsione in eo se jurisdictioni nostræ subjicere potuit... tu autem nosceris aliis subjacere ».

il ne veut porter atteinte au droit de personne. La juridiction temporelle du pape apparaît comme une juridiction suprême, à laquelle on a recours, à laquelle on doit avoir recours, dans les cas difficiles et obscurs [1].

En somme, si l'on peut de tout ceci dégager quelque chose de net, c'est que le pape a certainement le pouvoir de légitimer, mais que, pour ne pas léser les droits du prince, il n'en use que dans des cas tout-à-fait particuliers et quand cela ne peut porter ombrage à personne; ce qui est le cas par exemple, quand le prince lui-même le demande.

Ce n'est pas là une doctrine bien claire. Cependant au point de vue juridique — sans les restrictions politiques qui atténuent le principe — il en ressort le droit certain pour le pape de légitimer au temporel [2]. Cette affirmation allait donner bien du mal aux commentateurs.

Mais on a remarqué la différence de ton entre les deux décrétales, que quelques mois seulement séparent. Elle montre que le pape, qui, sur la demande du roi, a légitimé ses enfants, n'ose affirmer sans atténuation et encore moins

1. « Non solum in ecclesiæ patrimonio (super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem) verum etiam in aliis regionibus, certis causis inspectis, temporalem jurisdictionem casualiter exercemus ».

2. Pitzorno interprète d'une façon tout-à-fait différente la décrétale *per venerabilem*. S'appuyant sur les mots *certis causis inspectis*, il y voit un acte non de juridiction gracieuse, mais de juridiction contentieuse. « La base de l'ingérence pontificale était dans la *materia matrimonii*; jugeant cette question, il décidait indirectement celle de la légitimité des enfants. Il ne s'agit donc pas d'une *potestas legitimandi* inconditionnée, l'action du pape est circonscrite par les limites que lui imposent les règles sur le mariage : s'il manque un des éléments de fait, qui permettent un jugement sur l'union de laquelle sont nés les enfants à légitimer, toute base vient à manquer pour la possibilité d'une légitimation » (p. 192). Ce pouvait être la thèse du roi, mais ce n'est point certainement le point de vue du pape, car contrairement à ce qu'affirme Pitzorno (p. 191), il est certain que le pape fait ici quelque chose de tout nouveau, et qu'il base son droit de légitimer, non point sur sa compétence en matière matrimoniale, mais sur son droit de dispense pour l'admission des bâtards aux ordres et aux bénéfices. Le début du texte l'indique nettement. Pitzorno voit, me semble-t-il, la décrétale *per venerabilem* à travers les commentaires des canonistes, qui plus tard en ont tiré la théorie de la *dispensatio in radice*.

exercer en France son pouvoir général. C'est là un résultat qui peut sembler étrange. Comment le pape ne profite-t-il pas du précédent créé par le roi lui-même, pour s'emparer franchement d'un droit, que celui-ci lui a reconnu?

Que l'opinion publique ait été mécontentée par la légitimation, cela est probable. Certains la blâmaient comme une injure faite à Ingeburge. Il est permis de croire que d'autres y voyaient une atteinte aux droits du roi, un dangereux empiètement de la papauté [1]. La décrétale *per venerabilem* elle-même nous apprend que quelques-uns poussaient Philippe Auguste à faire ce que fit plus tard Louis XIV, à légitimer lui-même par rescrit du prince ses enfants adultérins [2]. On savait que le roi ne verrait pas volontiers le pape légitimer un de ses sujets ; c'est pourquoi Guillaume de Montpellier s'efforce de démontrer qu'il est l'homme du pape [3].

Mais ce qu'il est précisément difficile d'expliquer, c'est que le pape ne profite pas avec plus d'audace du précédent créé par l'imprudence de Philippe Auguste; c'est que le roi, s'il était opposé au droit de légitimation par rescrit du pape, ne se soit pas méfié lui-même du redoutable précédent qu'il créait, en demandant la légitimation des enfants d'Agnès.

On peut d'abord songer que le pape a eu à ce moment précis des raisons pour ménager le roi de France. On sait comment, suivant les vicissitudes de sa politique avec les empereurs, le pape se rapprochait ou s'éloignait du roi de France. Or il est manifeste qu'au début de 1202, le pape avait des raisons de ménager ce dernier. Il lui demanda à ce moment de le soutenir contre l'empereur, en aidant son protégé Otto, ce que d'ailleurs Philippe refusa. On voit, par le ton de la réponse que fit le pape à ce refus, combien il avait besoin du roi [4]. A d'autres reprises, quand le pape eut

1. Rigord dit simplement « quod factum eo tempore pluribus displicuit » sans dire pourquoi. *Hist. Franc.*, XVII. 54. A.

2. In quo videretur aliquibus quod per seipsum (non tanquam pater cum filiis, sed tanquam princeps cum subditis) potuit dispensare.

3. Tenant *immediate* de l'évêché de Maguelonne et *mediate* du pape.

4. Davidsohn, p. 181.

de nouveau besoin du roi, on le vit pousser très loin la complaisance, peut-être jusqu'à lui donner une consultation sur les meilleurs moyens d'arriver au divorce avec Ingeburge [1].

Il a donc pu, à ce moment précis, où la question lui était posée par Guillaume de Montpellier, vouloir donner au roi un gage de sa bonne volonté, en n'abusant pas, pour accroître son autorité en France, du précédent que le roi lui-même lui avait imprudemment permis de créer. Cette raison a sa valeur et il faut en tenir compte. Elle ne suffit peut-être pas cependant à tout expliquer. Le roi a demandé au pape une légitimation : celui-ci l'accorde; un autre demande la même faveur dans des circonstances d'ailleurs différentes, le pape refuse. Cela suffisait. Point n'était besoin de reprendre — combien péniblement — la démonstration de son droit de légitimer et de ses limites. Les raisons politiques immédiates ne suffisent pas à expliquer la conduite du pape. Celle du roi est plus difficile encore à comprendre.

On pourrait peut-être supposer que le roi n'a pas vu le danger qu'il créait, en demandant une légitimation au pape, que ses yeux ne se sont ouverts qu'après la bulle du pape et sur un mouvement d'opinion de son entourage. Le mouvement d'opinion est possible et même probable, on l'a vu. Mais il n'est guère vraisemblable qu'un roi comme Philippe Auguste n'ait pas prévu de plus loin les conséquences de son acte.

Seulement, même voyant le danger, il a pu être obligé de passer outre, sous l'empire des nécessités politiques. Il s'est volontairement soumis à l'autorité du pape, sachant ce qu'il faisait. Certains conseillers lui disaient de légitimer lui-même, la décrétale *per venerabilem* nous l'apprend. Et vraiment Philippe Auguste a dû examiner la question avec assez de soin pour envisager cette possibilité. Il ne s'est pas arrêté à ce parti cependant. Davidsohn remarque avec rai-

1. Davidsohn, p. 214, 215.

son, qu'une telle légitimation n'aurait pas, aux yeux du monde, remplacé celle du pape. Il fallait tenir compte de l'opinion, d'autant plus qu'à ce moment le roi voulait marier ses enfants, pour se ménager des alliances politiques [1].

Il y aurait dans ce cas une marque de déférence voulue du roi envers la papauté. Et cependant le roi avait pu, par un raisonnement préalable, se défendre de créer un précédent dangereux, en faisant la distinction entre les cas de légitimation pour le roi et de légitimation pour un sujet.

Le roi, comme homme, comme chrétien, est soumis au pape. Il n'a aucun supérieur temporel, il ne peut puiser dans ses pouvoirs de roi le droit de réparer la faute de l'homme, du chrétien, il est bien obligé de s'adresser au pape; mais pour ses sujets, il ne peut admettre que le pape intervienne directement, car, s'il s'est soumis comme homme, il entend défendre ses droits de roi.

La subtilité du raisonnement ne serait pas un motif de repousser cette hypothèse. Elle se rapproche beaucoup de la théorie de la décrétale *novit* du même Innocent III. De même que le pape affirme connaître *de peccato* et non *de feudis*, de même le roi se soumet comme chrétien et garde ses droits royaux.

Il est possible que telle fut la pensée du roi, et c'est à quoi font peut-être allusion les deux décrétales, en insistant sur ce fait que le roi a demandé lui-même la légitimation, parce qu'il n'a pas de supérieur au temporel. C'est même, semble-t-il, la seule théorie que le roi ait pu avoir de sa propre conduite, à moins que l'on ne consente à admettre une dernière hypothèse, qui ne me paraît pas dénuée de vraisemblance, mais que, en l'absence de preuves plus complètes, qu'on découvrira peut-être un jour, je ne puis donner que comme une hypothèse.

1. Cela n'est pas certain, car le mariage de Philippe est antérieur à sa légitimation. Davidsohn est obligé de supposer que Ph. Aug. avait pu, dans les négociations, faire prévoir le résultat des pourparlers engagés avec le Saint-Siège.

Le roi aurait demandé au pape non pas une légitimation, mais une reconnaissance de la légitimité des enfants pour cause de mariage putatif, et le pape aurait répondu par une légitimation.

Pour trancher nettement la question, il nous manque un document important, la requête détaillée adressée au pape par le roi. Cette pièce a certainement existé, car on ne voit pas comment le pape aurait autrement connu les raisons alléguées par le roi et auxquelles il se réfère dans sa bulle de légitimation [1].

Comme demande du roi, nous n'avons qu'une phrase finale de la lettre adressée au pape par Philippe, pour expliquer sa conduite lors du procès de Soissons. Dans cette phrase figure, il est vrai, à deux reprises le mot légitimation [2], mais je ne crois pas qu'on en puisse tirer de conséquences précises, nous allons voir pourquoi.

Le roi dans cette lettre explique que le procès n'a pas abouti par la faute de la reine, parce que la reine a d'abord fait défaut, en appelant au pape au lieu de produire ses témoins, ce qu'elle n'avait pas le droit de faire, le légat étant nommé *appellatione remota*; par suite de ce défaut la reine devait avoir perdu le droit de produire ses témoins, ceux du roi devant seuls être entendus désormais. C'est parce que cette prétention n'avait pas été admise, que le roi avait refusé de laisser juger le procès.

Ainsi le roi n'abandonne rien de ses prétentions. Il soutient toujours la nullité de son mariage avec Ingeburge, en affirmant que, sans la faute de celle-ci, le procès serait définitivement jugé. Dans ces conditions, il demande au pape de déclarer en attendant ses enfants légitimes. Il serait contradictoire que le roi, affirmant la nullité du premier mariage et

1. Davidsohn, p. 174, n. 1.

2. Delisle, *Catalogue des actes de Philippe Auguste*, p. 502, n° 667. — « Petimus quoque a vobis filiorum nostrorum legitimationem, ut omnibus archiepiscopis et episcopis nostris de eorumdem legitimatione a vobis facta scribatis et eorumdem legitimationem approbatis ».

par suite la validité du second et la légitimité des enfants d'Agnès, demandât en même temps au pape de légitimer ceux-ci. Il y aurait dans cette contradiction un aveu, que Philippe Auguste ne doit pas laisser échapper au moment où il écrit au pape que la question reste entière, le procès n'ayant pu être jugé.

Voilà ce qu'amène la suite logique des idées. Le mot *légitimation*, deux fois employé, ne suffit pas à prouver le contraire. Le sens de ce mot n'est pas du tout certain; à une époque, où les canonistes n'ont guère encore travaillé sur les textes pour dégager la théorie, on pouvait très bien employer un même mot, pour désigner l'acte qui donne la qualité de légitime et celui qui ne fait que la reconnaître. Ainsi dans la théorie du mariage, le même mot *divortium* peut désigner la rupture d'un mariage jusque là existant et la déclaration de nullité initiale d'un mariage [1].

Qu'on examine comment Innocent III lui-même s'exprime dans la décrétale qui consacre le mariage putatif adultérin [2], et il sera bien difficile de dire, si les expressions qu'il emploie, conviennent mieux à un jugement déclarant la légitimité ou à une faveur accordant à l'enfant une légitimité qu'il n'a pas. La différence est si délicate à faire que des auteurs avisés, comme Beaumanoir, pourront confondre, on le verra, le mariage putatif et la légitimation.

1. Esmein, *Mariage*, II, 35 (les théories anciennes du mariage putatif).

2. c. ex tenore (14), X, IV, XVII, « in favorem prolis potius declinamus, memoratum R. legitimum reputantes ». On trouve aussi, même à une époque postérieure, où la terminologie est mieux fixée, des dispenses validant un mariage contracté de bonne foi entre parents, ayant donné par suite naissance à des enfants légitimes (mariage putatif), et par lesquelles le pape semble accorder comme une faveur la légitimation des enfants. « Vos tertio ad invicem consanguinitatis gradu conjuncti, matrimonium contraxistis... credentes dispensationem legitimam dum insimul in tali permansistis matrimonio filiosque procreastis....... humiliter supplicasti ut, quod in dicto matrimonio valeatis licite remanere, prolem susceptam et suscipiendam ex eo legitimam nuntiando, dispensare vobiscum misericorditer dignaremur. » (Boniface VIII, *Registres*, n° 2660, p. 176). Cf. encore Boniface VIII, n° 3724. C'est sans doute une déclaration de légitimité de ce genre que le roi demandait.

On peut enfin citer un acte intitulé *legitimatio* et qui n'est qu'une reconnaissance de légitimité [1]. Il n'y a donc, semble-t-il, rien d'impossible à ce que Philippe ait dit *légitimation* en songeant au mariage putatif [2]. Et il suffit que ce sens ne soit pas impossible, pour que, étant donnés le contexte et la suite des idées, il devienne probable.

J'ai dit que nous ne possédions pas la requête détaillée du roi, mais nous pouvons juger partiellement de son contenu par la réponse du Saint-Siège. Philippe Auguste y donnait toutes sortes de raisons, d'où devrait naturellement résulter, qu'il demandait non point une légitimation, mais une déclaration de légitimité. Après la sentence de divorce prononcée par l'archevêque de Reims, aucune défense de contracter un nouveau mariage ne parvint au roi, et la sentence ne fut cassée que pour vice de forme, donc la question restait entière; or Philippe Auguste avait apporté au tribunal des preuves de la parenté d'Ingeburge avec sa première femme, et ces preuves il les croyait péremptoires. Il pensait donc qu'entre Agnès et lui il y avait eu un véritable mariage, bien que le pape lui ait plusieurs fois demandé de se séparer d'elle [3]. L'essentiel de ce développement est l'absence de prohibition de mariage adressée au roi et la bonne foi du roi,

1. *Reg. Innocent IV*, n° 1197. De *legitimatione* Johannis de Avesnis (Jean veut faire entendre des témoins pour prouver sa légitimité).

2. On remarquera enfin que Philippe Auguste demande au pape d'écrire aux évêques au sujet de la légitimation et d'approuver la légitimation « et eorumdem legitimationem approbatis ». Delisle corrige arbitrairement « ut e. l. approbent ». Mais, à s'en tenir à la lettre du texte, il semble que le pape ne fasse que reconnaître le droit existant.

3. « Vehementer affirmans quod postquam venerabilis frater noster Guillelmus Remensis archiepiscopus..... divortii sententiam promulgavit, licet ipsa sententia per sedem apostolicam postmodum fuerit revocata propter judiciarium ordinem non servatum, nulla tamen ad ipsum de alia non ducenda prohibitio facta pervenit et propter probationes affinitatis exhibitas coram eodem archiepiscopo, quas idem rex veras esse credebat, inter eum ac præfatam nobilem (Agnes) putabat esse vinculum conjugale, quanquam nostra fuerit auctoritate compulsus ut et ipsam dimitteret et reginam reciperet memoratam ». Migne, *Patr.*, CCXIV, 1191. Voyez Davidsohn, *op. cit.*, p. 56.

qui en découle. Or cette bonne foi est la condition du mariage putatif.

Et le pape, dans la décrétale *per venerabilem*, insiste davantage encore sur ce point. La bonne foi de Philippe est à ce point entière que personne ne sait, puisque l'affaire n'a pas été jugée au fond, quelle est, d'Agnès ou d'Ingeburge, la véritable femme légitime du roi. Tant que la question n'est pas tranchée, on a le droit de douter et la condition des enfants est incertaine [1].

En effet la théorie du mariage putatif était déjà faite au début du XIIIe siècle. Elle est due à Pierre Lombard, et, si Gratien ne la connaît pas encore, ses premiers commentateurs l'admettront [2]. Des décrétales d'Alexandre III la consacrent, et, déjà avant 1191 et 1192, Bernard de Pavie avait

1. « De filiis ergo ejusdem Regis utrum legitimi vel illegitimi fuerint, quamdiu pendet quæstio affinitatis objectæ, potest non immerito dubitari. Nam si affinitas fuerit comprobata, prædictam reginam non esse regis conjugem apparebit et per consequens alia videbitur sibi legitime copulata et filios ei legitimos peperisse », c. 13, X, IV, XVII. Le problème ici traité a préoccupé les commentateurs : Glose v° *regi gratiam* in fine « immo videtur quod ipso jure legitimi erant, cum nati fuissent de matrimonio auctoritate ecclesiæ contracto sed non est ita ut supra dictum est in notula *maxime* ». — N. *maxime* (gl. *comprobata*) « sed non verum est quia sententia non tenuit propter ordinem non servatum et ideo necessaria esset dispensatio, si non probaretur affinitas ». Mais précisément Phil. Aug. soutenait que la sentence n'avait été régulièrement cassée que par Innocent IV, c'est-à-dire après son mariage, et il affirmait avoir ignoré la défense à lui faite par Célestin (Davidsohn, p. 56). — Panormitanus, n. 36 discute la glose « Doctores videntur hic velle quod nullitas sententiæ non habet reddere filios illegitimos : ex quo parentes de sententia confisi contraxerunt in facie ecclesiæ... ad istum textus respondet quod, licet rex suscepisset secundam conjugem post sententiam et ante prohibitionem, tamen filios suscepit post prohibitionem... et sic non potest dici quod bona fide filii fuissent suscepti ». — Mais c'est là précisément un point douteux au moins pour le premier des enfants et les textes n'y font aucunement allusion; d'ailleurs le pape affirme que Ph. Aug. ayant gardé la certitude qu'Ingeburge était alliée de sa première femme et que par suite le premier mariage était nul, avait ainsi conservé sa bonne foi. — M. Viollet dans une courte note de son Histoire du droit civil français dit avec raison que « cette légitimation des enfants de Phil. Aug. se mêle à une question de mariage putatif » p. 475, n. 5.

2. Esmein, II, 34. Paucapalea n'en parle pas, mais Rufin la connaît (sur la C. XXXV, Q. VII).

inséré un de ces textes dans sa *compilatio prima* [1] et affirmé dans sa *Summa : Legitimus est qui de legitimo matrimonio natus vel de eo quod in facie ecclesiæ legitimum reputatur* [2]. Innocent III lui-même enfin consacre spécialement la théorie du mariage putatif en ce qui concerne les enfants adultérins. Dans un mariage nul pour cause de bigamie, les enfants seront légitimes, tant que la femme se croit légitime [3]. La bonne foi supposée chez Philippe Auguste et chez Agnès (elle était moins invraisemblable chez cette dernière) rendait donc leurs enfants légitimes.

Sans doute cette bonne foi n'avait jamais existé, le pape le savait mieux que personne [4]; mais puisqu'il faisait semblant de le croire, il aurait dû conclure à une déclaration du mariage putatif, et puisque Philippe Auguste voulait le lui faire croire, c'est qu'il pensait faire déclarer la légitimité de ses enfants.

Peut-on supposer, en effet, que, pouvant obtenir une déclaration de légitimité, le roi se contenta d'une humiliante légitimation, laquelle suppose un aveu de sa mauvaise foi et de la nullité de son mariage avec Agnès?

Peut-on croire qu'il ne savait pas que les conditions invoquées par lui et la prétendue preuve de sa bonne foi faisaient son mariage putatif et ses enfants légitimes? Le roi était mieux renseigné que cela sur le droit canonique. On le voit bien quand plus tard, cherchant tous les moyens de rompre son mariage, il songe non seulement à l'*impossibilitas coeundi*, à l'affinité, mais à la rupture, par l'entrée dans les

1. c. 2 (cum inter) IV, XVIII.
2. In eodem, § 1.
3. c. ex tenore 14, X, h. t. « dum legitima putaretur uxor ». Ce chapitre est, il est vrai, postérieur à la légitimation des enfants d'Agnès (1205), mais cela n'a pas d'importance, car il ne prétend point créer de droit nouveau.
4. Il avait lui-même qualifié de comédie le premier jugement et les preuves apportées par le roi. Le 17 mai 1198, il écrivait que le nouveau mariage avait été contracté malgré la défense faite par Célestin III et transmise par le légat. Le 11 mars 1200, il écrivait la même chose à l'archevêque de Rouen. Davidsohn, *op. cit.*, p. 46 sqq.

ordres d'un des conjoints, d'un mariage non consommé [1]. Il connaît bien les textes, il allégue une décrétale d'Alexandre III. Je dirai même qu'il lui était beaucoup plus facile de songer à un mariage putatif, théorie bien connue des canonistes qui le conseillaient sans doute, qu'à une légitimation, dont le pape Innocent III dit lui-même que sa décrétale est le premier exemple.

Pendant toute la durée de la querelle, c'est la question de la bonne foi de Philippe qui, avec celle de la nullité de son premier mariage, est considérée comme la plus importante. Le pape affirme, dans la plupart de ses lettres soit au roi, soit aux légats, soit aux évêques, que le mariage avec Agnès a été célébré après la défense formelle faite au roi par Célestin III de contracter une nouvelle union [2]. Et c'est de cette circonstance, de la mauvaise foi du roi, que le pape conclut que les enfants ne sont pas légitimes. Puisque le roi, dit-il, a pris une autre femme en dépit de l'Église, il ne pourra avoir d'enfants légitimes, et si, ce qu'à Dieu ne plaise, son fils légitime venait à mourir, le royaume tomberait en des mains étrangères [3].

Là était donc le nœud de la question, et l'insistance même du pape à répéter que cette violation de la défense pontificale faisait l'illégitimité de ses enfants, dut le faire penser à établir qu'il n'avait pas eu connaissance de cette défense et que, par suite, sa bonne foi étant entière, ses enfants étaient légitimes, quoiqu'on décidât de son mariage.

Il est donc possible et je crois même qu'il est probable, que le roi n'a pas demandé au pape d'user d'un prétendu droit de légitimation, que personne alors ne lui reconnais-

1. Davidsohn, *op. cit.*, p. 232.

2. *Reg. d'Inn. III* (Migne CCXIV) 16 Kal. Juin 1198, I, 171, lettre au roi, et I, 347, lettre au légat.

3. Inn. III, *Reg.*, II, 197 « cum proles, si qua fuerit hoc modo suscepta, non debeat censeri legitima sed spuria potius judicari », id. I, IV, 5 « cum enim ex ea quam contra interdictum ecclesiæ superduxit, legitimam nequeat sobolem procreare, si forte (quod absit!) unicus filius ejus rebus eximeretur humanis, regnum ejus ad extraneos deveniret ». Cf. Davidsohn, p. 178.

sait [1]. Mais le pape a peut-être feint de croire que le roi lui demandait une légitimation, et de fait la demande du roi, du moins sa première demande, que nous connaissons, parlait bien de légitimation, mais dans un autre sens que celui qu'entendait le pape. On conçoit les raisons qu'avait le pape d'agir ainsi : il pouvait bien, pour servir de motif à une faveur pontificale, faire semblant de croire à la bonne foi de Philippe; mais il lui répugnait sans doute de faire produire à cette prétendue bonne foi, qu'il savait bien n'avoir jamais existé, ses effets juridiques naturels. S'il voulait bien ne pas contredire le roi et admettre, sans les discuter, les raisons qu'il présentait, il voulait lui faire comprendre, qu'il connaissait la fausseté des faits allégués et que les enfants ne pouvaient devenir légitimes que par un effet de la complaisance pontificale. Et peut-être après tout n'était-il pas fâché de saisir l'occasion d'accroître un peu les pouvoirs de juridiction et de dispense, qu'avait déjà l'Église sur l'état des personnes laïques.

Ainsi le roi n'obtint pas du pape ce qu'il avait demandé. Sans doute le résultat était le même; les enfants d'Agnès étaient légitimes, mais au prix de quel sacrifice! La légitimation était maintenant un pouvoir nouveau arraché au roi par le pape, les enfants d'Agnès, héritiers possibles du trône, devaient leur état à la faveur papale. Dans l'entourage du roi on se montra sans doute mécontent; et c'est peut-être à ce moment qu'on lui dit, comme le rapporte la décrétale *per venerabilem :* si ce n'était que d'une légitimation qu'il s'agissait, le roi pouvait la faire aussi bien que le pape. Car, tandis que la légitimation par le pape était une inquiétante nouveauté, les légistes pouvaient renseigner le roi sur la légitimation par rescrit du prince.

1. Kogler croit que la légitimation papale était alors connue en France, puisque Philippe Auguste la demande. Le raisonnement s'impose en effet, si l'on admet que c'est une légitimation que le roi a demandée au pape. Mais d'autre part Innocent III lui-même affirme faire quelque chose de nouveau. Cf. Kogler, *Legitimatio per rescriptum*, p. 32.

Philippe Auguste ne refusa pourtant pas la légitimation du pape, sans doute parce qu'il tenait au résultat obtenu, mais il semble lui en avoir gardé rancune. Car avec une ingratitude qui étonnerait, si vraiment il venait d'obtenir une faveur par lui demandée, il oppose immédiatement aux requêtes du pape, en ce qui concerne sa lutte avec l'empereur, un refus brutal, même dans la forme, et des récriminations amères contre la conduite du pape à son égard [1].

Ainsi s'expliquerait le mécontentement du roi, les murmures de l'opinion et la nécessité pour Innocent III de revenir en l'atténuant, à la première occasion, sur la théorie de la légitimation papale. Voilà pourquoi, au lieu de repousser purement et simplement la demande du peu intéressant Guillaume de Montpellier, il le renvoie au roi de France, son souverain temporel; voilà pourquoi il n'affirme son droit que d'une façon vague et avec tant de restrictions, de façon à ne pas froisser Philippe Auguste, dont il a besoin, sans cependant prononcer de parole irrévocable, qui empêcherait ses successeurs, dans des circonstances plus favorables, de revendiquer les mêmes droits.

Et si l'on n'admet point cette hypothèse, — car ce n'est qu'une hypothèse — il reste au moins de tout ceci que la légitimation des enfants d'Agnès avait mécontenté en France l'opinion publique, que le roi ne voulait point en permettre d'autre et que là est la raison de la différence de ton entre la bulle de légitimation des enfants d'Agnès et la décrétale *per venerabilem*.

1. Le roi ne s'étonne pas de voir le pape soutenir Otto, car Otto et toute sa race sont hostiles à la France et le pape veut élever les ennemis du roi au-dessus de lui. Il a supporté tout ce que le pape lui a fait de mal, mais il ne souffrira pas une atteinte à son honneur et l'humiliation de sa couronne. Delisle, *Catalogue*, n° 866. Davidsohn (p. 181) s'étonne d'une si manifeste et si prompte ingratitude.

§ 3. — *Quelques cas de légitimation papale inconnus des canonistes.*

Les deux exemples, qui ont été rapportés et discutés jusqu'ici, sont les seuls que les canonistes aient connus. Leur théorie toute entière est basée sur la décrétale *per venerabilem.* Et cependant, avec un peu de curiosité, il leur eût été facile sans doute de découvrir d'autres exemples, et c'est le cas de leur reprocher, comme le fait quelque part Gonzales Tellez [1], de n'avoir pas mieux connu les registres des papes. Les publications de l'École française de Rome, bien que peu avancées encore, nous permettent de combler cette lacune. Mais ajoutons immédiatement que, malgré tout leur intérêt pour la compréhension de la politique papale, les textes qui vont être rapportés, n'ont pas, au point de vue de l'histoire du droit canonique, l'importance qu'on serait tenté de leur attribuer, puisque, n'étant point connus des canonistes, ils sont restés sans influence sur la doctrine.

Il faut distinguer d'ailleurs et tous les actes de légitimation papale, que présentent les registres, n'ont pas la même portée. Les uns sont un pur et simple exercice de la souveraineté temporelle, que le pape possède dans ses états; ce sont, à vrai dire, des légitimations par rescrit du prince et non par rescrit du pape [2].

Le pape peut aussi intervenir, pour confirmer simplement une légitimation accomplie selon le droit séculier dans un

1. Cf. supra p. 156, note. Gonzales Tellez, sur le c. *venerabilem* n. 24, connait d'ailleurs quelques exemples de légitimation de fils de rois : « alius casus evenit quando versatur bonum spirituale, hoc etiam casu ad temporalia pontificem legitimare posse dicunt Abbas, Covarruvias..... Unde pontifices liberos principum etiam quo ad regna et principatus legitimarunt. Filios naturales Sancii regis Castellæ legitimavit Bonifacius VIII ex quo Ferdinandus natu major regnum patris obtinuit. Petrum regem Castellæ regno abdicavit Urbanus V et Henricum comitem spurium ejus fratrem natalibus restitutum regno imposuit. »

2. Inn. IV, nº 464, 13 fév. 1244; Jean XXI, nº 22, 1er nov. 1276.

état étranger; ce que fait, par exemple, Boniface VIII en 1299 en Sardaigne [1]. La portée de l'acte est ici fort difficile à établir; la confirmation pourrait apparaître comme un simple complément de la légitimation séculière; cette dernière ne pouvant effacer la tache de la bâtardise qu'au temporel, et ne méritant même pas, suivant les premiers canonistes, le nom de légitimation, il serait naturel qu'au point de vue ecclésiatique et pour parfaire les effets incomplets de la légitimation séculière, l'intervention du pape fût nécessaire. Il semble bien pourtant que, dans le cas présent, le pape ait entendu faire davantage, car il confirme la légitimation spécialement au point de vue de la succession et même de la succession aux fiefs; mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'un royaume tenu en fief du Saint-Siège [2].

Le pape n'hésite pas en tout cas à accorder directement et de sa propre autorité la légitimation aux rois et fils de rois qui la demandent. C'est l'application pure et simple du précédent fourni par Innocent III dans l'affaire des enfants d'Agnès de Méranie. On en possède au moins deux exemples : l'un de Grégoire IX, l'autre d'Innocent IV.

Le mariage de Jacques, roi d'Aragon, et d'Alionora, fille du roi de Castille, avait été annulé et les époux séparés par sentence épiscopale. Le pape néanmoins, sur la demande même du roi, légitime l'enfant né de cette union pour lui

1. Bonif. VIII., n° 3278 : « Sane nobis humiliter supplicasti, ut, cum quondam Marianus, Turritanus judex, avus maternus tuus, quondam Pretiosam matrem tuam, natam ipsius ex incestuoso coïtu editam, secundum morem et ritum regni Sardinie specialiter judicatus ipsius verbis vulgaribus per ydioma regionis ejusdem legitimaverit seu matronaverit, et ad actus successionis, quantum in ipso extitit, habilem eam reddiderit et capacem, ut ipsa legitimatio seu matronatio, patrie verbis utendo, robur firmioris firmitatis obtineat, confirmare de apostolice potestatis plenitudine dignaremur..... Dictam legitimationem confirmat dominus papa et adjicit ad gratiam ut eamdem suprascriptam ejusque posteros ad successionem feudorum etiam legitimos faciat et habilitet successores. »

2. En 1297, deux ans avant l'acte cité, Boniface VIII en donnait l'investiture à Jacques d'Aragon. Raynaldi, 1297, n°s 2-16. Rocquain, *La Cour de Rome,* II, 280.

permettre de succéder à son père. Les termes de la décrétale sont extrêmement simples, le fait et la solution y sont seuls énoncés et sans développement de doctrine [1]. La papauté a établi dans les décrétales précédemment étudiées son droit de légitimation ; elle l'a fait suivre des réserves nécessaires pour ne pas froisser les susceptibilités du pouvoir temporel. Mais il est clair que, lorsqu'en fait ces susceptibilités n'existaient pas, lorsque les rois eux-mêmes demandaient l'intervention du pape, celui-ci ne devait avoir aucun scrupule à exercer des pouvoirs, que ceux-là mêmes lui reconnaissaient, qui auraient eu intérêt à les lui dénier.

Le second acte, adressé par Innocent IV au roi de Norwège, se présente exactement dans les mêmes circonstances et est basé sur la même doctrine [2].

Nous restons jusqu'ici dans l'application stricte des précédents et des principes connus [3]. Mais on rencontre aussi des exemples de légitimation directe faite au profit de particu-

1. Grégoire IX, n. 2521, 20 avril 1235. « Ex parte tua nobis fuit humiliter supplicatum, ut, cum clarissimus in Christo filius noster Aragonum rex illustris te ex dilecta in Christo filia illustri regina Alionora, filia inclytæ recordationis regis Castellæ, a qua pro eo quod ipsam in gradu prohibito consanguinitatis attingit, per venerabilem fratrem nostrum episcopum Sabinensem separatus extitit, procreavit et sui regni te constituerit successorem, ne quis tibi geniture defectum possit obicere, super hoc tibi dignaremur misericorditer providere. Nos igitur credentes devotionis affectum, etc... de speciali gratia te legitimandum duximus et tecum ut non obstante tali defectu habearis legitimus dispensamus... » Raynaldi, *Ann. eccles.* ao 1235, § 32. Potthast, *Reg.* 9883.

2. Raynaldi, *Ann.* 1246, § 34. Inn. IV. Reg. I, 2217. « Mira regis æterni benignitas honore multiplici sponsam suam reginam ecclesiam insignivit : sed in eo potissime ipsam honorabilem et felici reddidit statu fulgentem, quod illam sibi tribuit plenitudinem potestatis, ut non solum personis humilibus sed quantacumque sublimitate conspicuis, in eis posset adesse magnifice, per quæ ipsi clari nominis titulum et famosæ consequantur potentiæ incrementum. »

3. Ce qui pourrait atténuer la portée et l'intérêt du premier des deux actes, c'est que les royaumes espagnols étant fiefs du Saint-Siège, le pape doit y avoir plus de puissance qu'ailleurs. Mais cela ne s'applique pas à la Norwège. Fabre, *Liber censuum,* p. 121. C'est par les mêmes principes que s'explique la légitimation des fils d'Ottokar de Bohême, citée et commentée par Kogler (*Legitimatio per rescriptum*, p. 36).

liers sur terre d'empire. Seulement ici la chose peut s'expliquer par des considérations historiques. Les légitimations se font sur terre d'empire au moment où le pape y déniait à l'empereur lui-même toute autorité [1].

En effet, on en rencontre plusieurs exemples sous le pontificat d'Innocent IV, après la déposition de l'empereur par le pape au concile de Lyon. Dans ces conditions, le pape qui dispose des couronnes en déposant les princes indignes et en déliant leurs sujets du serment de fidélité, peut bien exercer sur terre d'empire des pouvoirs qui en un autre temps appartiendraient à l'empereur.

Parmi ces légitimations, qui figurent dans les registres d'Innocent IV, beaucoup contiennent en effet une allusion aux circonstances; il est parlé des violences et des injustices de l'*ex-empereur* Frédéric, aux ennemis duquel ces faveurs sont accordées; dans l'une il est expressément indiqué, que, l'empire étant vacant, aucun empereur n'étant là pour accorder la légitimation demandée, le pape peut légitimer [2].

D'autres exemples, sous d'autres pontificats, s'expliqueraient par des considérations analogues, au moment des luttes avec les empereurs. Urbain IV fait ainsi une légitimation à Pise en 1264 [3]. Enfin, quand les empereurs abandon-

1. Quelques canonistes semblent avoir connu cette hypothèse : J. Andreæ c. *per venerab*. 30 « nisi eo tempore quo fungitur (Papa) vice imperii quo poterit sicut imperator posset ».

2. Innocent IV, n° 2486, 27 mars 1247. « Cum igitur... pater tuus te solutus genuerit de soluta, nos... obtentu ejusdem patris tui, qui a Frederico quondam Romanorum imperatore in vinculis detinetur, cui alius hæres legitimus non existit, præsertim cum Imperium Romanum vacat ad præsens, quod aliis filiis legitimis non existentibus ad omnes actus legitimos admitti et ipsi patri tuo tanquam hæres legitimus succedere valeas, auctoritate tibi præsentium indulgemus. » N°s 2520, 11 avril 1247; 4457, 31 mars 1249; 5527, 18 janv. 1252; 5693, 24 avril 1252; 5881, 9 juillet 1252; 5902, 3 août 1252.

3. Urbain IV, 534, 23 mars 1264. Quand le pape légitime comme exerçant *vacante imperio* le pouvoir temporel, il insère dans l'acte une *clausula derogatoria* faisant mention du droit civil, « constitutionibus et sanctionibus canonicis vel civilibus contrariis .... nequaquam obstantibus », ce qu'il n'a pas besoin de faire quand il légitime dans ses états, remarque Petrus de Ancharano (Concilia, n° 335), puisqu'il n'est pas lié chez lui par le droit romain. Kogler, *Legitimatio per rescriptum*, p. 39.

nent l'Italie, le pape, n'ayant plus cet obstacle de la puissance impériale, légitime *ad successionem* sans difficultés même en dehors du patrimoine de saint Pierre [1].

Ces légitimations directes, n'ayant jamais été étudiées doctrinalement, n'ont point de règles ni de théorie. Tout ce que l'on en peut dire, c'est que le pape les accorde en vertu de son pouvoir suprême, et à qui il veut, soit à des enfants naturels simples, ce qui est le cas le plus fréquent, soit à des adultérins ou à des incestueux. Seulement on peut remarquer que, dans ces derniers cas, la légitimation est accordée plus difficilement et avec restrictions; par exemple, le pape soumet l'effet de la légitimation à la condition qu'il n'y ait point d'enfants légitimes [2].

Il y a dans cette pratique quelque chose qui éclaire bien la théorie pontificale de la légitimation. Le droit de légitimation appartient au pape; dans certaines circonstances, il pourra n'en point user, par ménagement pour les puissances temporelles, mais dès qu'il n'y a plus de raisons de garder des ménagements, le Saint-Siège reprend l'exercice de ses droits.

Mais encore une fois, ces légitimations n'ont point été connues de la doctrine canonique. Elles n'ont aucune influence sur la théorie classique de la légitimation, qu'il nous reste à étudier.

§ 4. — *Le droit canonique classique. Légitimation et sanatio matrimonii in radice.*

C'est dans sa forme timide et atténuée, que les canonistes trouvaient, aux Décrétales de Grégoire IX, l'affirmation du droit de légitimation papale. Ce n'est pas, en effet, la première décrétale, celle qui légitime les enfants de Philippe

1. Nicolas IV, 2873, 9 juillet 1290. Légitimation d'un citoyen de Bologne.
2. Inn. IV, 5527 « dummodo in ascendenti vel descendenti vel collaterali linea non sit aliquis ad quem de jure hæreditas ipsa pertineat ».

Auguste, mais bien la seconde, adressée à Guillaume de Montpellier, qui prit place dans les collections, et d'abord dans la *Compilatio tertia*, composée sur l'ordre d'Innocent III lui-même. C'est donc à la doctrine effacée que le pape inventeur de la légitimation papale semble se rallier. Ceci n'était pas fait pour encourager les canonistes à une interprétation extensive du texte. On a remarqué cependant, combien les termes de la décrétale étaient habilement vagues ; en somme, les affirmations de la juridiction temporelle du pape en dehors de ses domaines *casualiter* laissaient le champ assez libre aux docteurs favorables à la puissance du Saint-Siège.

Les premiers décrétalistes, ceux qui, quelques années après les événements, commentaient la décrétale *per venerabilem* insérée dans les *Compilationes antiquæ*, se montrèrent tout d'abord partisans de l'interprétation restrictive, à laquelle les incitaient l'attitude du pape et l'allure générale du texte. Vincentius Hispanus, Laurentius Hispanus et Tancrède, son élève, essayent de déterminer quelle peut être cette juridiction temporelle, que le pape affirme lui appartenir, et de la concilier avec l'intention nettement affirmée aussi de ne pas léser les droits d'autrui, et ils concluent : légitimer quant à l'hérédité, c'est limiter ou même détruire des droits de succession acquis aux parents légitimes, ou, à leur défaut, au fisc, au pouvoir temporel ; le pape ne peut pas faire cela, pas plus qu'un prince temporel ne pourrait le faire hors de son domaine ; mais il ne lèse aucun droit en légitimant *ad honores* seulement, et c'est dans cette limite que le pape peut légitimer hors du patrimoine de saint Pierre [1]. La légitimation papale n'a donc point pour effet d'accorder des droits de succession, mais d'effacer l'infamie qui s'attache à la qualité de bâtard et de rendre l'enfant naturel apte à remplir toutes

1. Gl. *habeat potestatem* in c. *per venerabilem*, in fine « quidam legitimationem extendunt ad honores sæculares, ut per hoc intelligatur esse legitimatus, ut possit esse judex et habere hujusmodi honores sæculares, quos alias habere non posset : et in hac sententia fuerunt Laurentius, Vincentius et Tancredus. »

les fonctions, à recevoir tous les honneurs civils et ecclésiastiques [1].

Cette opinion n'eut point de succès. La glose la rapporte sans prendre nettement parti. Une autre opinion plus favorable à la papauté s'était manifestée presque aussitôt après celle-ci. Johannes Teutonicus reconnaît, grâce à un détour, mais de la façon la plus large, le droit du Saint-Siège.

Sans doute, dit-il, le pape ne légitime pas directement *in temporalibus*, puisque sa juridiction est essentiellement spirituelle, mais quand il fait une légitimation *ad spiritualia*, les effets de celle-ci se font nécessairement sentir même dans le domaine temporel. La décrétale *per venerabilem* dit, en effet, qu'il serait monstrueux qu'une même personne fût en même temps légitime *ad spiritualia* et illégitime *ad temporalia*. Cela résulte de la théorie générale de la suprématie du pouvoir spirituel et du fameux argument du plus au moins [2].

Si elle contient une concession de principe aux susceptibilités du pouvoir temporel, en pratique cette doctrine donne au pape le pouvoir le plus large d'opérer des légitimations *ad temporalia*. A cause de cette exagération même, elle ne devait pas triompher.

En somme, jusqu'ici la doctrine canonique est encore

1. Il y eut peut-être dans la pratique des dispenses de ce genre accordées par les papes. Peut-être faut-il interpréter dans ce sens les dispenses par lesquelles le souverain pontife permet d'admettre un bâtard « *ad legitimos actus* et ad sacros ordines », « ad sacerdotium..... et *ad legitimos actus* ». Pressuti, *Onorio III*, p. 242, 3 janvier 1218, n° 924 et p. 338, 19 mai 1218, n° 1312. On verra que de telles dispenses étaient admises en France.

2. Glose, ibidem : « Ad hoc dixit Johannes quod dominus Papa non habet potestatem legitimandi in temporalibus ; sed eo ipso quod legitimat aliquem quo ad spiritualia, per consequens legitimat eum quo ad temporalia, quæ sunt minus digna, et sic legitimat per consequentiam sed non directe. Sæpe enim permittitur aliquid indirecte, quod non permittitur directe ». Goffredus adopte cette opinion (f° 75 r°, c. 2) a peu près dans les mêmes termes, ajoutant « ne sit absurdum quod legitimatus ad spiritualia illegitimatus ad temporalia censeatur..... Nec mireris nam, quamvis Papa non exerceat jurisdictionem contentiosam in temporalibus præterquam in casibus... legitimare tamen non est contentiosæ jurisdictionis sed volontariæ sicut manumittere, adoptare, emancipare ».

incertaine. Se fixera-t-elle dans le sens des pouvoirs étendus ou dans le sens des pouvoirs restreints du Saint-Siège? La décrétale *per venerabilem* fournit des arguments dans les deux sens, car, si elle conclut à des pouvoirs restreints, elle amasse dans son préambule tous les arguments, sur lesquels on peut baser les droits les plus étendus de la papauté.

Sinibaldus Fliscus qui, comme pape (Innocent IV) affirme de la manière la plus éclatante la suprématie du pouvoir spirituel, qui dépose l'empereur et légitime en terre d'empire, est hésitant dans son commentaire de la décrétale *per venerabilem*. A l'opinion de J. Teutonicus il objecte que le pape n'a pas de juridiction contentieuse au temporel; mais il sait bien ce que l'on peut répondre à cette objection : le pape peut avoir une juridiction volontaire et cela lui suffit pour pouvoir légitimer; d'ailleurs, il est certain que l'on peut, dans bien des cas, faire indirectement ce qui n'est pas possible directement, Il semble d'avis cependant de restreindre les prérogatives papales [1]. Peut-être admettrait-il la légitimation du pape *ad honores;* encore ne se prononce-t-il pas d'une façon ferme [2]. Et il a soin de faire remarquer les termes dubitatifs de certains passages du préambule. Il est vraisemblable, dit le texte, que celui qui peut légitimer pour donner accès même à l'épiscopat, peut légitimer au point de vue séculier. Cela est vraisemblable, dit Innocent IV, mais cela n'est pas vrai, car le temporel et le spi-

1. Inn. IV. Commentaire sur les Décrétales, c. per venerab., n. 3. « Alii tamen dicunt quod etiam dispensare potest et intelligitur dispensatum in hereditate hoc ipso quod dispensat in ordine. Sed contra utramque opinionem videtur quia non habet juridictionem contentiosam in temporalibus .... sed dic quod licet non habet jurisdictionem contentiosam, tamen voluntariam exercere potest. Item aliqua conceduntur per consequentiam et indirecte quæ non conceduntur directe. »

2. Inn. IV, idem pr. v° *eximitur*. « Et sic hoc ipso quod dispensatur, ut possit fieri episcopus, videtur quod sit factus legitimus etiam quo ad actus legitimos », il explique plus haut ce que cela signifie (v° *evaderet*) « quoad actus legitimos, scilicet quod possit esse judex et testis, in paterna autem hereditate vel aliis non intelligatur dispensatum ».

rituel sont choses distinctes et dépendant de juridictions différentes [1].

Et dans cette préoccupation, Innocent IV est le premier des canonistes qui ait attiré l'attention sur les termes dubitatifs du début du texte et qui en ait tiré un argument, qui semble encore péremptoire au chanoine Molitor. Le pape ne fait que rapporter, sans les juger, les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de son droit de légitimer (*allegando loquitur*) [2], et, par suite, il n'y a pas dans le commentaire à s'embarrasser de cette partie de la décrétale. C'était ôter une partie de leurs meilleurs arguments aux partisans de la légitimation pontificale.

La théorie était, on le voit, difficile à fixer. Les partisans de la thèse modérée se trouvaient, malgré l'argument qu'Innocent IV leur apporte, dans une grave difficulté. Il est certain, en présence de la décrétale *per venerabilem*, qu'il y a une légitimation papale; il faut bien lui trouver, si restreint soit-il, un champ d'application. Hostiensis, à la fin du XIII[e] siècle devait mettre sur la voie d'un terrain d'entente, qui permettrait de trouver un champ d'application assez large à la légitimation papale, sans éveiller les susceptibilités du pouvoir civil.

La base du raisonnement d'Hostiensis est que la compétence matrimoniale appartient et appartient exclusivement à l'Église. L'empereur ne peut connaître *de legitima filiatione;* il ne peut donc légitimer, car celui qui n'a pas la juridiction, ne peut prétendre à la dispense.

Le pape seul a la juridiction et le pouvoir législatif en matière de mariage et de légitimité. Il peut supprimer des empêchements dirimants, que le droit romain a créés, il peut en créer que le droit romain ne connaissait pas. Il peut ainsi rendre légitimes des enfants qui étaient bâtards et réciproquement [3]. Cependant l'autorité législative du pape

1. Id., v° *verisimilius*.
2. Id., pr. v° *habeat*.
3. Hostiensis, *Summa. Qui filii* § *qualiter* « Salva reverentia aliorum mihi videtur dominum Papam habere potestatem legitimandi quo ad spiritualia et

lui-même a une limite : le droit divin. Le pape ne peut supprimer un empêchement de droit divin [1].

La dispense étant un corollaire de la législation, le droit du pape se trouve ainsi établi et limité. Seul il a le pouvoir de légitimer, mais il ne peut le faire que dans les limites que lui impose le droit divin. Il ne pourrait dispenser par exemple pour légitimer les enfants incestueux ou adultérins.

Quant à l'empereur, qui n'a aucunement le pouvoir de légitimer, il peut admettre par voie de dispense des enfants bâtards à la succession de leurs parents.

L'opinion d'Hostiensis était beaucoup trop favorable à la papauté, pour triompher telle quelle. Mais elle allait en susciter une autre, qui aurait le mérite de mettre d'accord les droits qu'il fallait reconnaître au pape en matière de légitimation, et le respect du pouvoir temporel. Pour trouver une légitimation papale, que le pouvoir temporel avait toujours admise sans difficulté, il suffisait, poussant plus loin la théorie d'Hostiensis, de dire, non plus seulement que le droit de *dispensatio* en matière de légitimité est une conséquence du droit de juridiction et de législation en matière de mariage, mais bien que la légitimation n'est et ne peut être qu'une conséquence d'une *dispensatio* en matière de mariage. Alors on avait trouvé le cas, qu'il fallait découvrir, pour donner, sans révolutionner le droit canonique, une application à la légitimation papale. C'est la doctrine de Johannes Andreæ, qui est le créateur de la théorie de la

temporalia et ipsum solum, cum causa matrimonialis spiritualiter pertineat ad ecclesiam... et si denegatur cognitio, multo fortius dispensatio... imo dicit c. quod ad illum solum pertinet institutio ad quem spectat examinatio. Dicas tamen quod Imperator legitimat, id est tanquam legitimum etiam spurium ad hæreditatem suam admittere potest..... sed Papa vere legitimat et illegitimat, cum enim secundum leges filii duorum fratrum rite contrahunt... Papa hujus modi matrimonium illegitimum fecit, et sic filii suscepti ex tali matrimonio hodie et secundum leges et secundum canones illegitimi censentur et ab hæreditate repelluntur..... Si vero illegitimos fecit, quanto magis poterit legitimare... » Cf. idem, *Lectura* sur le c., *per venerabilem*, n. 8.

1. Id. : « Sed hoc intelligas in filiis susceptis ex matrimonio in quo dispensare potest, scilicet quando impedimentum a jure canonico inductum est. »

dispensatio in radice [1]. Il en est le créateur, mais les éléments de la théorie, il les trouvait dans une pratique déjà ancienne.

Les dispenses de mariage étaient fréquemment accordées par le pape. Celles qui sont accordées avant l'union des deux époux et la procréation des enfants ne nous intéressent pas. Mais elles peuvent l'être après coup, soit qu'il s'agisse de transformer en mariage un concubinat antérieur entre personnes séparées par un empêchement, soit qu'un mariage nul contracté par des époux de bonne foi soit ensuite validé, soit même que les contractants aient de fait célébré le mariage, connaissant l'existence d'un empêchement dirimant. Ce sont là trois hypothèses, qu'il convient, dans la doctrine canonique, d'envisager séparément. Dans le premier cas, la dispense donnée pour le mariage opère au futur, le mariage n'étant contracté qu'après l'avoir obtenue, mais ce mariage valablement contracté ne saurait légitimer les enfants nés antérieurement, qui sont incestueux; dans le second cas, les époux étant de bonne foi, leur mariage est validé rétroactivement, mais cela n'influe pas sur la condition des enfants, qui, nés d'un mariage putatif, étaient légitimes; dans le troisième la dispense donnée après coup a pour but de valider *rétrospectivement* le mariage nul contracté en fait et par suite de faire les enfants légitimes.

Ces trois hypothèses étaient bien connues depuis longtemps. La théorie du mariage putatif date au moins du XIIe siècle, et les dispenses de mariage ont été de tout temps nombreuses, soit que l'autorité ecclésiastique consultée avant permît de contracter mariage, soit que, étant consultée après, elle permît aux époux de continuer la vie commune.

Dans le premier cas, la plupart des canonistes décident que la dispense ne légitime pas les enfants. J. Andreæ et Panormitanus cependant enseignaient qu'une clause spéciale

1. Sur la théorie d'Hostiensis et de J. Andreæ, cf. Esmein, *Mariage*, II, 357 et 358.

visant la légitimation pouvait être insérée dans la dispense [1]. Il dût y en avoir des exemples pratiques; en voici peut-être un : Adam Rourete avait eu des relations avec une femme nommée Marotte et, en ayant eu des enfants, l'avait ensuite épousée, bien qu'il lui fût allié au quatrième degré. Le pape accorde ensuite une dispense les autorisant, suivant la formule habituelle, à *remanere in matrimonio contracto* [2]. Aucune clause spéciale ne vise les enfants, mais étant donné que leur existence est mentionnée dans l'acte et considérée évidemment comme une raison d'éviter une sentence de divorce, il serait assez étrange qu'ils continuassent d'être considérés comme bâtards et exclus de la famille. Il semble donc qu'il y ait ici un exemple de la pratique contraire aux théories des canonistes et en effet assez difficile à expliquer juridiquement [3]. Comment la dispense donnée pour le mariage peut-elle réagir à un moment où aucun mariage n'existait encore ni dans la forme ni dans l'intention des parties? C'est un cas assez rare d'ailleurs; beaucoup plus fréquentes sont les dispenses de la seconde hypothèse, qui ont naturellement, peut-on dire, un effet rétroactif.

1. Cf. supra, p. 164.

2. Alexandre IV, n. 1178, 23 févr. 1256 : « Adæ dicto Rourete de Insula, Tornacensis diœcesis, qui Marottam tunc relictam quondam Egidii de Barra ignorans quod idem Egidius quarto consanguinitatis gradu ipsum attinuerat carnaliter cognovit, ac demum ex ipsa muliere prole suscepta, contraxit matrimonium cum eadem, indulget ut non obstante impedimento prædicto in matrimonio sic contracto remanere valeat ». Dans ce cas particulier on pourrait aussi songer qu'Alexandre admet le concubinat putatif, l'enfant est putativement un enfant naturel simple, que le mariage a légitimé puisque le mariage nul est validé rétrospectivement par dispense.

3. Pour les canonistes qui l'admettent, elle devrait être évidemment un cas de légitimation directe par le pape en dehors de la théorie de la *sanatio in radice* qui va être étudiée. Mais ces canonistes peu nombreux en parlent d'ailleurs fort peu et à propos de la légitimation par mariage subséquent, sans la relier à leurs théories de la légitimation papale. Si l'on répugne à voir une pareille contradiction dans J. Andreæ et Panormitanus (car la base de leur système est qu'en dehors de la *sanatio in radice* le pape ne légitime pas) il faut admettre que les textes cités plus haut, p. 164, font allusion tout simplement à l'hypothèse habituelle de *sanatio*, dans laquelle il y a eu un mariage nul contracté de fait.

Lorsqu'un mariage a été, de fait et d'intention, contracté entre personnes connaissant l'existence d'un empêchement dirimant, il est nul, et les enfants qui en naissent, sont illégitimes et incestueux. Mais on sait que la doctrine canonique dans son enfance a toujours mal distingué la rupture postérieure d'un mariage valable et la séparation par sentence judiciaire de deux personnes unies par un mariage nul. Dans les deux cas, il y a *divortium*. Si l'autorité ecclésiastique, usant de bienveillance, consent à donner après coup une dispense pour un mariage nul à raison de l'existence d'un empêchement dirimant, elle dira que les époux ne seront point contraints de se séparer, que le *divortium* n'aura point lieu.

Ce n'est pas là une explication juridique logique; le mariage étant nul dès le début, la dispense ne pouvait que permettre d'en contracter un valable; on pouvait dire cependant que la dispense validait rétrospectivement l'union contractée, permettant aux consentements alors échangés de produire leur effet. C'est dans ce dernier sens que se formera la théorie canonique. Mais à l'époque où cette espèce de dispense commença d'être en usage, on ne s'embarrassait point de théories de ce genre; on accordait purement et simplement aux époux que le *divortium* ne serait point prononcé.

Quel pouvait être l'effet naturel d'une dispense de ce genre, quand le mariage, avant l'intervention de la dispense, avait donné naissance à des enfants? La théorie indiquée ci-dessus une fois admise, rien de plus simple; le mariage étant rétroactivement validé, les enfants sont rétroactivement légitimes. Mais quand cette théorie n'existait pas encore, on arrivait au même résultat par des voies beaucoup plus simples, en considérant en somme comme valable en lui-même et dans ses effets le mariage, dont on ne prononçait point le *divortium*. La faveur faite aux époux en leur évitant le *divortium* équivaut au maintien de leur situation de fait : les enfants étaient en situation d'enfants légitimes, ils restent légitimes.

Il résulte de là que, sans clause spéciale concernant les enfants, une pareille dispense vaut en fait pour eux légitimation. C'est ce qui semble résulter de textes nombreux, dans lesquels l'existence d'enfants nés d'un mariage nul est considérée par l'autorité ecclésiastique comme une raison d'accorder la dispense. Si l'intérêt des enfants est en jeu, c'est évidemment que la dispense aura pour effet, en consolidant le mariage de leurs parents, de les maintenir dans leur situation d'enfants légitimes.

Les exemples sont nombreux et l'on en trouve même dans les recueils officiels. Le c. 1, C. 35, Q. 8 vise une hypothèse de ce genre. Il y est en effet recommandé aux évêques de ne pas prononcer le *divortium*, quand des personnes parentes ou alliées au cinquième ou au sixième degré se sont mariées de bonne foi, du moins quand le mariage a déjà duré de longues années et que des enfants en sont nés [1]. Dans la doctrine classique il y aurait là mariage putatif et la dispense ne pourrait rien sur la situation des enfants. Mais ce texte est bien antérieur au mariage putatif; s'il veut que l'on maintienne, dans l'intérêt des enfants, des mariages nuls en droit strict, c'est qu'il pense que le maintien du mariage laisse aux enfants leur qualité. Et la glose sur ce texte dégage déjà le principe général, que la présence d'enfants est une raison d'accorder la dispense du mariage [2], ce qui montrerait, même si l'on n'avait de nombreux autres textes, que les dispenses après coup, dans le double intérêt du mariage et des enfants, étaient pratiquées au XIIIe siècle.

Consulté par l'archevêque d'York au sujet d'un mariage contracté malgré un *impedimentum publicæ honestatis*, le pape Célestin III répond que le mariage est nul et que, par suite, les enfants sont illégitimes, puisque d'une part les

1. Ce texte est donné par Gratien comme de Grégoire le Grand. Il est déjà avec cette attribution dans le Polycarpe. Son origine est inconnue. Cf. Friedberg, *Corpus juris can.*, I, p. 1282.

2. Glose *filios* « Not. filiorum susceptionem et annorum longa curricula dispensationem inducere, ne matrimonium separetur ».

parents n'étaient pas de bonne foi et que d'ailleurs aucune dispense n'est intervenue qui les légitimât. Ce que la glose commente ainsi : l'Église ne les a point dispensés par la suite, car la dispense de l'Église peut approuver le mariage en considération des enfants [1].

Le pontificat suivant fournit encore des exemples plus nets. Le motif le plus habituellement invoqué pour obtenir une dispense après mariage nul, celui sur lequel le pape se base le plus ordinairement pour l'accorder, c'est la présence d'enfants que le *divortium* ferait bâtards et à qui la dispense maintient les avantages de leur situation. Ce motif avait été invoqué en effet dans une demande de dispense adressée à Innocent III ; mais il avait été invoqué faussement, car les requérants n'avaient eu de leur union qu'une fille, laquelle était déjà morte au moment où ils demandaient la faveur pontificale. La dispense, ayant été obtenue ainsi par surprise, était nulle, le pape permet cependant à l'évêque de la maintenir pour des motifs graves [2].

On trouvera dans les registres d'Innocent III un autre exemple, où les motifs sont encore mieux mis en lumière. Le pape accorde une dispense, empêche les tribunaux ecclésiastiques de prononcer le *divortium*, pour que les enfants ne soient pas réduits à la misère et pour éviter la honte qui résulterait du *divortium* [3]. Il est clair que la dispense ainsi accordée empêche les enfants d'être bâtards et, comme tels, méprisés et privés de la succession paternelle.

Quant aux papes postérieurs du XIII[e] siècle, les registres

1. c. 10, X, IV, XVII. « Cum filii nec per ecclesiæ permissionem nec per paternam ignorantiam excusentur » glose, v° *permissionem* « quia postea ecclesia cum eis non dispensavit et per dispensationem ecclesiæ approbatur matrimonium causa filiorum » 1191-1198.

2. c. 6, X, IV, XIV. « Pro cujus dispensatione, indulgentia scilicet remanendi cum ea, quæ ipsum quinto consanguinitatis gradu contingit, a sede apostolica obtinenda, falsa nobis causa fuerit allegata, proles videlicet » 1213.

3. Inn. III. Reg. X, 118, p. 1216 ao. 1207 « ne ipsorum liberi in paupertatem veniant et contemptum quod utique fierat si contingeret inter eos divortium celebrari ». Cf. encore VII, 107 et XVI, 154.

déjà publiés par l'École de Rome permettent de citer un grand nombre de dispenses de ce genre. Jusqu'à présent on n'a parlé que d'actes où la présence des enfants est indiquée comme le motif déterminant de la dispense, d'où il est légitime de conclure que la dispense doit avoir sur leur situation un heureux effet. Bien d'autres exemples peuvent être tirés des registres des papes [1].

Mais bien plus nombreuses encore sont, dans ces mêmes registres, les dispenses qui font mention expresse des enfants, pour indiquer qu'ils doivent être considérés, par suite de la dispense, comme des enfants légitimes. Le pape décide que les parents pourront *in matrimonio*, *in copula remanere*, que les enfants doivent être tenus pour légitimes (*legitimi haberi, reputentur*) [2]. Quelquefois, par une formule qui se rapproche plus d'une légitimation directe, le pape déclare les enfants légitimes (*legitimam decernendo*), leur accorde le titre d'enfants légitimes (*legitimationis titulo decorat* [3]), tantôt le pape décide lui-même, tantôt il renvoie l'examen des faits de la cause à l'évêque en lui déléguant son droit [4].

Il ne paraît pas qu'il y ait entre ces actes et les précédents, où aucune clause spéciale ne visait la condition des enfants, une différence de nature et d'effet. Mais ils se rapprochent évidemment davantage dans la forme d'une légitimation et l'on devait inévitablement être amené un jour à songer à eux comme à des cas de légitimation papale.

1. Innocent IV, n° 2621 « idem comes nobilem mulierem Bertam quarta eum consanguinitatis linea contingentem duxerit in uxorem, ac generaverit plures filios ex eadem, mandamus quatinus cum eis, ut in hujusmodi matrimonio... remanere licite valeant .... » idem, n°s 1204, 2640, 2791, 4110, 4242. Grégoire IX, n°s 3480. Nicolas IV, 419, 5127.

2. Inn. IV, 596 « dispensandi cum eis quod in contracto matrimonio affinitate non obstante prædicta remanere licite et ipsorum filii medio tempore suscepti legitimi haberi valeant, plenam tibi concedimus auctoritate prœsentium facultatem ». Id. 773. « Quarto consanguinitatis gradu conjunctis indulget ut matrimonium illæsum permaneat legitimique liberi reputentur. » Id. 2356, 4177.

3. Alexandre IV, 885 « prolem susceptam et suscipiendam ex eis legitimam decernendo » id. 1396 « legitimitatis titulo decorat ». Urbain IV, 339, 464, 1224.

4. Inn. IV, 596. Nicolas III, 209. Boniface VIII, 3039.

Ces dispenses étaient fréquentes et par suite bien connues, même des auteurs qui ne s'occupaient qu'incidemment de droit canonique. Beaumanoir en décrit parfaitement le mécanisme dans son chapitre « des oirs loiaux et des bastards ». Si dans un cas où « li mariages puet estre départis par aucune reson... saincte église le sueffre et conferme pour la pitié des enfans qui en sont ja nés », les enfants « en pueent porter de l'eritage tant comme loiaus oir en pueent et doivent porter [1] ». C'est la description exacte de notre dispense, presque dans les termes où l'on avait l'habitude de la rédiger.

Ainsi la pratique des dispenses après mariage, légitimant rétroactivement les enfants déjà nés, était bien connue au plus tard dès le XIIIe siècle. C'est là que les canonistes du XIVe siècle vont aller chercher l'hypothèse pratique de légitimation papale, trouvant ainsi, sans empiéter sur le domaine du pouvoir temporel, dans la compétence indiscutée du Saint-Siège en matière de dispense matrimoniale, le champ d'application de la légitimation par rescrit du pape.

Mais il fallait en construire la théorie. Cette théorie sera celle de la *sanatio matrimonii in radice*, de la dispense avec effet rétroactif. Remarquons en effet que jusqu'ici cette théo-

1. Ch. XVIII, n° 586. Beaumanoir paraît commettre une erreur grossière, quand il considère qu'une dispense est nécessaire pour légitimer les enfants, quand l'union des parents a été contractée de bonne foi (n° 584). Il méconnaît la théorie du mariage putatif, qui doit rendre la dispense inutile. Mais Beaumanoir est excusable d'avoir confondu ce que la chancellerie pontificale ne distingue pas. Dans un certain nombre de cas, où le pape permet à des époux de bonne foi de *remanere in matrimonio contracto*, il ajoute que les enfants nés avant et après seront légitimes. Alexandre IV, 858 « cum ipsi matrimonium in facie ecclesiæ sollempniter contraxerint, in quo nullo reclamante penitus longo tempore permanserunt, tandem intellexerunt quod quondam Stephanus de M. G. cujus eadem A. uxor extitit, eumdem militem quarta consanguinitatis linea contingebat............. quod filii suscepti et suscipiendi ex eis legitimi censeantur, » (Inn. IV, 4296. Clément IV, 206. Nicolas IV, 6401). Le pape n'accorde pas ici une légitimation, il proclame la légitimité, comme il le fait d'ailleurs, quand, accordant une dispense avant mariage, il déclare que les enfants seront légitimes (Honorius IV, 512). La pratique de la papauté s'explique bien, mais elle excuse l'erreur de Beaumanoir.

rie ne nous est pas apparue. Les canonistes ne s'en sont pas occupés; Beaumanoir ne donne pas du tout la théorie, il résume simplement la formule de dispense : l'Église tolère le maintien du mariage et de la condition légitime des enfants. Mais ce n'est pas une théorie juridique, que ce maintien d'un acte nul, qui produit des effets légaux. La théorie de la *sanatio in radice* ne date que du xiv[e] siècle; elle est due à J. Andreæ, qui en trouva les éléments dans la doctrine d'Hostiensis précédemment exposée [1].

Johannes Andreæ rapporte, presque dans les mêmes termes, les arguments d'Hostiensis. Le pape a certainement le pouvoir de légitimer, non seulement par voie de conséquence, mais directement, et ce droit n'appartient qu'à lui. L'empereur ne peut rien sur le mariage. Le pape au contraire, qui peut rendre illégitimes des enfants légitimes, en créant des empêchements dirimants, peut a fortiori rendre légitimes des enfants illégitimes [2].

Mais c'est dans le passage, où Hostiensis limitait les droits de légitimer du pape aux cas d'empêchements de droit positif, que J. Andreæ a dû puiser sa doctrine. Si les droits du pape sont ainsi limités en matière de légitimation, c'est qu'en réalité le pape n'a pas à disposer directement de la légitimité des enfants, dont il ne connaît que comme d'une conséquence du mariage. La dispense accordée par le pape ne peut donc porter que sur le mariage lui-même et non directement sur une conséquence isolée du mariage.

Si donc un mariage a été contracté en dépit d'un empê-

1. Esmein, II, 350.

2. J. Andreæ, c. *per venerab.*, n° 8. « Dicas quod solus Papa habet potestatem legitimandi non solum per quamdam consequentiam,... sed etiam proprie et immediate ita quod alius nullus hanc potestatem habet. Nam secundum divinam et humanam legem filii duorum fratrum licite contrahunt et secundum illas leges legitimi essent filii sic suscepti nisi lex Papæ illud prohibuisset,... si ergo Papa de legitimis potest facere illegitimos, quanto magis poterit illegitimos legitimare, cum primum odiosum, secundum favorabile... Imperator autem qui major est inter principes non potest legitimare, nec super hoc constitutionem promulgare quia matrimonialia non sunt de suo foro. »

chement dirimant de droit positif, le pape pourra après coup détruire l'empêchement par une dispense et valider rétroactivement le mariage. Il n'a pas à statuer sur la légitimité des enfants, mais elle se trouve décidée par voie de conséquence.

Mais il faut, pour que cela soit possible, que la question se pose au pape comme elle vient d'être posée; il faut qu'il y ait eu un mariage nul. S'il n'y a pas eu de mariage du tout, pour un enfant né *ex soluto et soluta*, le pape se trouve dépouillé de son droit de dispense rétroactive; car il ne peut créer directement une conséquence du mariage, la légitimité, là où il n'y a pas mariage. C'est la théorie de la *sanatio matrimonii in radice* [1].

On remarquera que la doctrine de J. Andreæ restreint beaucoup les pouvoirs du pape. Il faut un mariage nul, un empêchement de droit positif; il faut encore que le mariage n'ait pas été contracté de bonne foi, car il y aurait mariage putatif et, sans dispense, les enfants seraient légitimes. Du moins J. Andreæ a-t-il consolidé ce droit de légitimation si discuté, en lui donnant la base ferme d'une pratique incontestée.

Cette opinion l'emporta [2]. A la fin du XIV[e] siècle Antonius

1. Jo. And., c. *per venerab.*, 30. « Cum Papa non possit facere vel supplere matrimonialem consensum ubi non fuit, ergo nec talem prolem legitimare possit nisi quo ad suum forum, nisi locus esset de temporali juridictione ecclesiæ... Si vero proles genita fuit ex coitu matrimoniali licet de facto tantum contracto, tunc distingue quia matrimonium esse non poterat impediente lege divina, ut quia uxoratus cum secunda contraxit, vel contraxit cum nepte, vel his similia, dico idem quod supra, si vero matrimonium esse non poterat, impediente lege canonica tantum vel quia contraxit cum consanguinea vel affini in quarto gradu..... subdistingue, quia aut papa utitur verbo legitimationis legitimans scilicet matrimonium et prolem et tunc quoad utrumque forum sit proles legitima, cum impedimentum a lege canonica inductum papa tollere potuerit,... aut simpliciter utitur verbo dispensatum, cum tales dispensationes sunt odiosæ... »

2. Il reste quelques partisans isolés des pouvoirs du pape, Gasp. Calderinus qui s'appuie sur ce que la légitimation est de juridiction volontaire et non contentieuse, argument déjà fourni par Innocent IV. Panormitanus, n° 23.

de Butrio rejette nettement toutes les opinions indiquées dans la glose et celle d'Hostiensis. Il combat par une série d'arguments très nets l'extension des pouvoirs du pape en matière temporelle ; il reproduit la théorie de J. Andreæ sur la *sanatio in radice*. Mais il fait cependant encore une concession aux opinions anciennes et plus favorables au pape ; il tente de donner une étendue plus raisonnable et en même temps une base plus solide à l'opinion de Johannes Teutonicus. L'argument qui le frappe dans la décrétale *per venerabilem*, comme il avait convaincu l'ancien canoniste, est qu'un individu ne peut être à la fois légitime et illégitime. Il n'est pas admissible que la légitimation accordée par le pape pour habiliter aux ordres, ne produise pas des effets temporels. Mais il ne faut pas que ce soit un détour pour donner au pape un pouvoir illimité de légitimation ; la légitimation que fait le pape *ad spiritualia* ne produit ses effets que quand le légitimé reçoit les ordres. C'est donc seulement s'il les reçoit, que les effets temporels de la légitimation se manifesteront [1].

Ces dernières résistances à la théorie triomphante devaient bientôt disparaître et Panormitanus, le grand docteur du XV[e] siècle, revient à l'opinion de J. Andreæ, en rejetant les adjonctions d'Antonius de Butrio [2]. C'est la doctrine classique, dont on ne s'écartera plus.

1. Ant. de Butrio sur le cap. *per venerab.*, n. 11 « eo legitimato secuto clericatu legitimus est quo ad spiritualia et quo ad temporalia et quo ad omnia... Et hoc ne dicatur quod sit legitimus et illegitimus quasi monstrum. »

2. Panormitanus reconnaît encore, dit Kogler (*Legit. per rescriptum* p. 114), mais *non sine scrupulo*, que les légitimés *ad spiritualia* le sont aussi *ad successionem* : « per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quo ad temporalia. Hoc tamen ultimum non est sine scrupulo ». (Panormitanus cap. *per venerabilem*, 1). Ce serait peut-être en effet son opinion personnelle, mais il est contraint de se ranger à celle de J. Andreæ qui l'emporte, comme le montre ce passage, où il discute précisément les modifications qu'Antonius de Butrio apporte à la doctrine de J. Andreæ : « Dicit enim (Antonius) quod legitimatus quo ad spiritualia, secuto tamen clericatu, erit legitimatus quo ad temporalia, secus ubi non esset secutus clericatus et hanc opinionem etiam sentit Gasparus, et certe hoc dependet ab intellectu hujus textus in principio ; nam si intelligimus quod ponat veritatem, procedit hæc opinio ; si intelligimus quod Papa loquitur allegando, procedit opinio contraria.

Ainsi la légitimation par rescrit du pape est un fruit mal venu du droit canonique. La tentative faite par Innocent III pour profiter de la faiblesse ou de l'imprudence du roi de France avorta; il n'osa pas lui-même la soutenir et l'immense majorité des canonistes et des plus autorisés, l'abandonne complètement par la suite [1].

C'est qu'il y avait eu résistance du côté du pouvoir temporel et que l'on n'était plus à l'époque où l'Église pouvait accroître ses droits de juridiction et de législation sur les laïques. Au commencement du XIIIe siècle il était déjà trop tard pour des tentatives de ce genre. C'est précisément à dater de cette époque, que l'autorité séculière reprend petit à petit le terrain abandonné. Il est aisé de se rendre compte rapidement de la résistance opposée en France à la légitimation du pape. Il n'en est pas question dans la dispute de Vincennes, mais le clerc et le chevalier du songe du Verger (1376) n'oublient pas de traiter la question.

Le clerc y soutient naturellement l'opinion intransigeante, il reproduit le raisonnement d'Hostiensis [2] : la juridiction en matière de mariage appartenant au pape, la dispense lui appartient également et la légitimation par rescrit du prince n'est pas une vraie légitimation. Le chevalier tient pour

Innocentius ponit utramque opinionem et videtur sibi plus placere quod in principio iste textus loquatur allegando. Quæstio videtur mihi satis dubia et de æquitate placet quod dicit Antonius, sed de subtilitate juris plus placet opinio J. Andreæ et Bernardi et illam video servari in practica, nam legitimati quoad ordines non admittuntur ad successionem parentum una cum aliis legitimis et consuetudo est optima legum interpres ». Cf. encore Gonzales Tellez cap. *per vener.*, n. 22, Covarruvias, *de matrim.* ch. 8, § 8, n. 42. On verrait plutôt se maintenir l'opinion de Tancrède, que la légitimation du pape vaut *ad honores sæculares* (Durand, Bartole, Petrus de Ancharano, cf. Kogler *Legitim. per rescriptum* p. 26). On l'admettait encore en France au XIVe siècle, cf. infra p. 225.

1. Le tribunal de la Rote reconnaissait lui-même avant la fin du XVe siècle que le pape n'avait aucun pouvoir de légitimer *quoad successionem hereditariam... nisi in temporali jurisdictione sibi subjecta* et rejetait formellement les théories plus ambitieuses d'Hostiensis. G. Horborch. *Conclusiones dominorum de Rota*, f° 103 v°.

2. *Preuves des libertés* (ed. 1731 II, 113) II, § 258.

l'opinion de la glose; le pape ne peut légitimer au temporel, ni l'empereur au spirituel [1]. Il admet cependant volontiers la légitimation par le pape *ad honores sæculares*, cela ne nuit à personne [2].

Bien que les canonistes eux-mêmes semblassent abandonner la partie, les rois veillaient à ce qu'aucun empiétement ne se produisît, et Dupuy rapporte plusieurs exemples de restrictions de ce genre, formellement apportées sous François Iᵉʳ aux pouvoirs des légats [3].

Pierre Pithou en fit un article des libertés de l'Église gallicane, où il refuse même au pape de légitimer quant aux honneurs séculiers [4]. Ce texte fut commenté et appuyé de preuves par tous les auteurs qui ont traité la question.

Au XVIIᵉ siècle enfin, Pierre de Marca, reprenant au point de vue français le commentaire de la décrétale *per venerabilem*, l'expliquait ainsi : le pape n'a aucun pouvoir temporel en France, puisqu'il reconnaît lui-même que le roi n'a aucun supérieur au temporel; il ne peut légitimer que dans le domaine de saint Pierre et, si dans certains cas difficiles le pape possède quelque droit de décision dans les affaires temporelles, ce ne peut être que par la soumission faite volontairement par les princes pleinement indépendants [5].

Repoussée par les légistes, abandonnée par les canonistes,

1. id. II, 112. « Bernard gloseur des décrétales dit que .... ».

2. id. II 252. « Hostiense dit que aulcuns veulent extendre cette légitimacion quant aux honneurs seulement et non quant à la succession des héritaiges. Et entre ces deux cas a grant difference, car quant aulcun est habilité quant aux honneurs séculiers, ce n'est au préjudice de nully, mais est le prouffit de la chose publicque.... mais s'il estoit habilité quant à la succession des héritaiges, ce seroit préjudice aux hoirs légitimes ».

3. Traité des libertés, I, 78 n. 1.

4. Art. 21. Charondas le Caron dans ses *Réponses* (X, 55 et XII, 16), affirme qu'il n'y a en France que deux légitimations : par mariage subséquent et par rescrit du prince.

5. *Dissertatio de concordia sacerdotii et imperii* II, III, 1. Ce qui fait pour lui l'intérêt de la décrétale c'est qu'elle reconnaît que le roi de France n'a aucun supérieur temporel et il ajoute « relatione habita non solum ad quemcunque alium principem sæcularem, sed etiam ad ipsam sedem apostolicam. »

la légitimation papale n'existe plus que sous la forme atténuée de le *sanatio matrimonii in radice* [1].

1. Cf. Kogler (*Legitim. per rescriptum*, p. 26-28) sur l'énergique résistance opposée à la légitimation papale par le pouvoir impérial. Cependant les coutumiers allemands l'admettaient partiellement. L'Angleterre n'admet pas plus la légitimation par rescrit du pape que la légitimation par mariage subséquent. (Id., p. 33 et 34.)

PRINCIPAUX OUVRAGES CITÉS

ACHERY (d'). — *Veterum aliquot scriptorum spicilegium*. Paris, 1723, 3 vol. in-fol.

ANTONIUS A BUTRIO. — *In quinque libris decretalium commentarii*. Venise, 1578, in-fol.

ANTONIUS DE ROSELLIS. — *Tractatus de legitimatione*. (*Tractatus utriusque juris*, T. VIII, P. II, vol. XI. Venise, 1584, in-fol.)

BACQUET. — *Second traité des droits du domaine de la couronne de France concernant le droit de bâtardise*. (Œuvres avec notes de Claude de Ferrière, Paris, 1688, 1 vol. in-fol.)

BEAUMANOIR (PHILIPPE DE). — *Coutumes de Beauvaisis, édition Salmon*. Paris, 1899-1900, 2 vol. in-8°.

BENEDICTUS DE BARZIIS. — *De filiis non legitime natis*. (*Tractatus utriusque juris*, T. VIII, P. II, vol. XI. Venise 1584 in-fol.)

BERNARDI PAPIENSIS *summa decretalium*, édition Laspeyres, Regensburg, 1860.

BOEHMER. — *Kirche und Staat in England und in der Normandie in XI und XII Jahrh*. Leipzig, 1899, in-8°.

BOISSIER. — *La fin du paganisme, étude sur les dernières luttes religieuses en Occident au IVe siècle*. Paris, 1891, 2 vol. in-8°.

BOUTILLIER (Jehan). — *Somme rural*, édition Charondas Le Caron, 1611.

BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du droit français*. Paris, 1899-1904, 2 vol. in-8°.

BURCHARDI *Wormaciensis ecclesiæ episcopi decretorum libri viginti*, Migne, Patrologie latine, CXL.

BURCKHARDT. — *Die Zeit Constantin's des grossen*. Leipzig, 1880, in-8°.

CABASSUTUS. — *Juris canonici theoria et praxis*. Lugduni, 1698.

CHARONDAS LE CARON. — *Responses et décisions du droict françois*. Paris, 1612, in-fol.

Concilia ævi Merovingici, édition Maassen, Monumenta Germaniæ, 1893, in-4°.

CONRAT. — *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*. I. 1889-91.

COQUILLE (Gui). — *Commentaires sur les coutumes de Nivernais — Questions et réponses sur les coutumes de France*, (Œuvres, Paris, 1665).

Corpus juris canonici. — Édition Friedberg. Leipzig, 1879-80, 2 vol. in-fol.

Corpus juris canonici una cum glossis. Romæ, 1584, 4 vol. in-4°.

COVARRUVIAS (Didaci). — *Opera*. Genevæ, 1723, 2 vol. in-fol.

CROZALS (de). — *Lanfranc*, 1877.

CUQ. — *Les institutions juridiques des Romains, II Le droit classique et le droit du Bas Empire*. Paris, 1902, in-8°.

DAGUESSEAU. — *Œuvres complètes*. Paris, 1819, 16 vol, in-8°.

DAVIDSOHN (Robert). — *Philipp II August von Frankreich und Ingeburg*. Stuttgart, 1888, in-8° (thèse).

DEVOTI (Johannis). — *Institutionum canonicarum libri IV*. 5° édition, Gand, 1852, 2 vol. in-8°.

DOUJAT. — *Histoire du droit canonique*. Paris, 1677, in-12.

DUCHESNE. — *Origines du culte chrétien*. Paris, 1889, in-8°.

DUDON DE SAINT-QUENTIN. — *De moribus et actis primorum Normanniæ ducum*, édition J. Lair. Mémoires de la société des Antiquaires de Normandie, 3° série, III, 1865, in-fol.

DUMOULIN. — *Annotationes in decretales*. (Œuvres, Paris, 1681, in-fol. tome IV).

DURANDI (Guillelmi) *episcopi Mimatensis Speculum juris*. Basileæ, 1574, in-fol.

DURAND DE MAILLANE. — *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*. Paris, 1761, 2 vol. in-4°.

ESMEIN. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. 4° édition, 1901, 8°.

ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*. Paris, 1891, 2 vol. in-8°.

ETIENNE DE TOURNAI. — *Cf. Stephanus*.

FABRE (Paul). — *Etude sur le liber censuum*, 1892, in-8°.

FAGNANI (Prosperi). — *Commentaria in quinque libros decretalium.* Cologne, 1671, 5 vol. in-fol.

FLEURY. — *Institution au droit ecclésiastique*, avec notes de Boucher d'Argis. (Collection des opuscules de l'abbé Fleury, II. Nîmes, 1780).

FOUCAULT. — *Essai sur Yves de Chartres d'après sa correspondance.* Chartres, 1883, in-8°.

FOURNIER. — *Le premier manuel canonique de la réforme du* XIe *siècle,* Mélanges de l'Ecole de Rome, XIV, 1894.

FRIEDBERG. — *Die Canonensammlungen zwischen Gratian und Bernard von Pavia*, 1897.

GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain.* 3e édition, 1901.

GIRY. — *Manuel de diplomatique.* Paris, 1894, in-8°.

GLANVILLE. — *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ, dans* Houard, *Traités sur les coutumes anglo-normandes,* I, 1776.

GOFFREDI DE TRANO, *clarissimi juris interpretis Summa in titulos decretalium.* Venise, 1570, in-8°.

GREGOIRE I. — *Lettres. Monumenta Germaniæ, Epist., 1. Pars* I, 1887, in-4°.

GRIMM. — *Deutsche Rechtsalterthümer,* 4e édition, 1899.

GUILLAUME DE JUMIÈGES. — Cf. *Willelmi Calculi.*

HARNACK. — *Histoire des dogmes,* trad. E. Choisy, 1893, in-8°.

HEFELE. — *Conciliengeschichte.* Fribourg en Brisgau, 1865-74, 12 vol. in 8° — traduction Delarc, Paris, 1869-76, 11 vol. in-8°.

HINCMAR DE REIMS. — *Œuvres,* Migne, Patr. lat., CXXV, CXXVI.

HINSCHIUS. — *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten.* Berlin, 1878, 6 vol. in-8°.

HONORIUS III. — Cf. *Onorio.*

HORBORCH (Guillelmus), *Alamannus decretorum doctor.* — Décisions de la Rote de 1376 à 1481.

HOSTIENSIS (Henrici de Segusia, cardinalis) *Summa aurea.* — Cologne, 1622, in-fol.

— *Commentarii* [1] *super quinque libros decretalium.* Venise, 1581, 4 vol. in-fol.

HUGUCCIO. — *Commentaire sur le décret de Gratien.* Bib. Nat., lat. 3891, 3892.

1. Souvent désigné sous le titre de *Lectura.*

IMBART DE LA TOUR. — *Les élections épiscopales dans l'église de France du IX* au *XII siècle*. Paris, 1890, in-8°.

INNOCENT III. — *Œuvres*, Migne, Patrologie latine, CCXIV-CCXVII.

INNOCENTII IV *Pontificis Maximi in V Libros decretalium apparatus seu commentaria*, Lugduni, 1578, in-fol.

IRNERIUS. — *Summa codicis*. Edition Fitting, Berlin, 1894.

ISAMBERT. — Cf. *Jourdan*.

IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS. — *Œuvres*, Migne, Patrologie latine, CLXI et CLXII.

JAFFÉ. — *Regesta pontificum romanorum ad annum* 1198, sec. edit., 1881-88, 2 vol. in-4°.

— *Monumenta Gregoriana Bibliotheca rerum germanicarum*, II, Berlin, 1864.

JOHANNES ANDREÆ. — *In quinque libros decretalium novella commentaria*. Venise, 1581, 5 vol. in-fol.

JOHANNES SARISBERIENSIS. — *Polycraticus*, Migne, Patrologie latine, CXCIX.

JOURDAN, DECRUSY ET ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises*, 29 vol. in-8°.

JULIANI *Epitome novellarum*, édition Hænel, Leipzig, 1873, in-4°.

KOGLER. — *Beiträge zur Geschichte der Rezeption und der Symbolik der legitimatio per subsequens matrimonium*, Zeitschrift der Savigny Stiftung, germ. Abteilung, 1904.

— *Die legitimatio per rescriptum von Justinian bis zum Tode Karls* IV, Weimar, 1904 [1].

LANCELOT. — *Institutiones juris canonici*, (souvent publiées en appendice au *Corpus*, notamment Paris, 1618).

LEBRUN. — *Traité des successions*. Paris, 1775, in-fol.

LEMERRE. — *Recueil des actes, titres et mémoires concernant les affaires du clergé de France*. 12 vol. in-fol., 1716 sqq.

LEO (*Sanctus*) *magnus romanus pontifex*. *Epistolæ*. Migne, Patrologie latine, LIV.

Lex romana Wisigothorum, édition Hænel, Lipsiæ, 1849, in-fol.

Libelli de lite imperatorum et pontificum sæculis XI et XII. Monumenta Germaniæ, 3 vol. in-4°, 1891-97.

1. Mon manuscrit était déjà remis à l'École des Hautes-Études et prêt à imprimer, quand j'ai eu connaissance des importants travaux de M. Kogler, je regrette de n'avoir pu en tenir compte que dans des notes ajoutées pendant l'impression.

LÖNING. — *Geschichte des deutschen Kirchenrechts.* Strassburg, 1878, 2 vol. in-8°.

LÖWENFELD. — *Epistolæ pontificum romanorum ineditæ.* Lipsiæ, 1885, in-8°.

LUCHAIRE. — *L'avènement d'Innocent III,* Comptes rendus de l'Académie des Sciences morales, déc. 1902.

LUDOVICUS DE SARDIS. — *Tractatus de naturalibus liberis, legitimatione et successione eorum.* (Tractatus utriusque juris, t. VIII, vol.XI. Venise 1584, in-fol.).

MAASSEN. — *Geschichte der Quellen und Litteratur des canonischen, Rechts,* I, 1870.

MANSI. — *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio,* 34 vol., 1759-98.

MARCA. — *Dissertatio de concordia sacerdotii et imperii.* Paris, 1704, in-fol.

MARTÈNE. — *De antiquis ecclesiæ ritibus.* 1700.

MAURER. — *Die unächte Geburt,* Sitzungsberichte der Münchener Akademie der Wissenschaften, 1883.

Memoires du clergé. — Cf. Lemerre.

MEYER. — *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften,* 1895.

MIRBT. — *Die Publizistik zur Zeitalter Gregor's VII.* Leipzig, 1894.

MITTEIS. — *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen der romanen Kaiserzeit.* Leipzig, 1891, in-8°.

MOLINIER. — *Les sources de l'histoire de France.* Paris, 1902-4, 8°.

MOLITOR. — *Die Decretale per venerabilem.* Münster, 1876.

ONORIO III (*I regesti del pontifice*) 1216-27, édition Pressuti, Rome, 1884.

PALEOTTI (Gabr.). — *De nothis spuriisque filiis.* (Tractatus utriusque juris. T. VIII, P. II, vol. XI, Venise 1584, in-fol.).

PANORMITANI (abbatis) *Commentarii in V libros decretalium.* Venise, 1578, 7 vol. in-fol.

PASCAL II. — *Lettres.* Migne, Patrologie latine, CLXIII.

PAUCAPALEA (*Die Summa des*) *über das decretum Gratiani,* édition Schulte, Giessen, 1890, in-8°.

PERTILE. — *Storia del diritto italiano.* Turino, 9 vol. in-8°, 1896-1903.

PFLUGK-HARTTUNG. — *Acta pontificum romanorum inedita,* 1884.

PITZORNO. — *La legitimazzione nella storia delle istituzioni familiari del medio evo*. Sassari, 1904 (thèse).

POLLOCK and MAITLAND. — *The history of english law before the time of Edward I*. Cambridge, 1898, 2e édit., 2 vol. in-8°.

POTTHAST. — *Regesta pontificum romanorum*, 1198-1304. Berlin, 1874-75, 2 vol. in-4°.

PYRRHUS CORRADUS. — *Praxis dispensationum apostolicarum pro utroque foro*. Cologne, 1680, in-fol.

Quinque compilationes antiquæ, édition Friedberg, Leipzig, 1882, in-8°.

RAYMUNDI (sancti) DE PENNAFORT. — *Summa*. Lyon, 1718, in-folio.

RAYNALDI. — *Annales ecclesiastici* (suite de Baronius), édition Theiner, 1870-78.

REGINO DE PRÜM. — *De synodalibus causis libri duo*, Migne, Patrologie latine, CXXXII; édition Wasserschleben, 1840.

Registres des papes publiés par les élèves de l'Ecole française de Rome [1].

ROBERT DE TORIGNY. — *Édition Howlett* (Rolls Series, London 1889).

ROGERII SUMMA. — Édition Palmerio : *Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum*, dans *Bibliotheca juridica medii ævi* de Gaudenzi, I.

ROLANDI (*Summa magistri*), *édition Thaner*, Innsbruck, 1874, 8°.

ROUSSAUD (Gui du) DE LA COMBE. — *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale*. Paris, 1771.

RUFINI (*Summa magistri*), édition Schulte, Giessen, 1892, in-8°.

RUFINI (*Die Summa decretorum magistri*), édition Singer, 1902.

SCHROEDER. — *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*. 3e édit., 1898.

SCHULTE. — *Geschichte der Quellen und Litteratur des canonischen Rechts von Gratian ab bis auf die Gegenwart*. Stuttgart, 1877, 3 vol. in-8°.

Songe du verger, dans : *Traité des libertés de l'église gallicane*, édition de 1731.

STEPHANI TORNACENSIS (*Summa des*) *über das decretum Gratiani*, édition Schulte, Giessen, 1891.

1. Nous les citons seulement dans le texte par le nom du pape et le numéro de la lettre.

Summa de legibus in curia laïcali. — Tardif : *Coutumiers de Normandie, II.* 1896.

Tellez (Gonzales). — *Commentaria in V libros Decretalium.*

Theiner (Joh. Ant. und. Aug.). — *Die Einführung der erzwungenen Ehelosigkeit bei den christlichen Geistlichen und ihre Folgen.* 2 vol. 1891-4.

Theophilo (*Institutionum græca paraphrasis tribuata*), édition Ferrini, 1884-97.

Thomas (saint) d'Aquin. — Œuvres, édition Vivès, 16 vol. in-8°, 1869.

Torquemada. — Cf. *Turre cremata.*

Troplong. — *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains.* Paris, 1868.

Turre cremata (*Johannes de*) *cardinalis, in Gratiani decretum Commentarii.* Venise, 1578, 3 vol. in-fol.

Van Espen. — *Jus ecclesiasticum universum.* Cologne, 1709, 3 vol. in-fol.

Viollet. — *Histoire des institutions politiques et administratives de la France,* 1890-1903, 3 vol. in-8°.

Wasserschleben. — *Die Bussordnungen,* 1851.

Wilda. — *Unechte Kinder.* — Zeitschrift für deutsches. Recht, 1855.

Wolf. — *Die legitimatio per subsequens matrimonium nach justinianischen Recht.* Braunschweig, 1881.